

CENTRO UNIVERSITÁRIO

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO
INQUÉRITO POLICIAL**

Diego do Nascimento Tavares

Presidente Prudente/SP

2014

CENTRO UNIVERSITÁRIO

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO
INQUÉRITO POLICIAL**

Diego do Nascimento Tavares

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2014

DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito

FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

Orientador

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

Examinadora

KARINA PERES SILVÉRIO

Examinadora

Presidente Prudente/SP, 19 de Setembro de 2014.

Dedico este trabalho a minha
família, especialmente aos
meus pais Moacir e Diva.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à nossa entidade maior e suprema, pai e criador de tudo e de todos e ao seu filho Jesus Cristo por tudo que tem feito em minha vida, pelas bênçãos e por me conceder capacidade e inteligência para a elaboração deste trabalho que coroa a minha graduação.

Aos meus pais, Moacir e Diva, que sempre acreditaram no meu potencial, apoiando meus estudos, sempre com muito carinho e dedicação, durante todos os longos anos de minha vida. Igualmente ao meu irmão, Lucas, pelo seu saber, afeto, paciência e preocupação com a realização desta obra.

Agradeço aos meus queridos e verdadeiros amigos por este longo período de convivência, em especial aos que participaram de maneira ativa da minha vida acadêmica.

Agradeço de maneira bastante especial ao professor, mestre e orientador Florestan Rodrigo do Prado que pela sabedoria, humildade e pelo tempo disponibilizado, me incentivou e realizou ao meu lado a conclusão deste trabalho, transmitindo seus conhecimentos sempre com muita disposição.

Agradeço também, aos estimáveis professores, por todo conhecimento compartilhado ao longo de minha vida acadêmica.

À professora Fernanda de matos Lima Madrid pelo exemplo de pessoa, humildade e acima de tudo uma impecável profissional, que aceitou o convite em compor a minha Banca Examinadora.

Agradeço à Doutora Karina Peres, profissional de elevado saber jurídico, por confiar em meu trabalho e concordar em fazer parte deste momento importante na minha vida acadêmica.

Por fim, agradeço e dedico essa obra ao meu Amigo, Mestre e Irmão, Dr. Herbert Araújo do Nascimento, estudioso de elevado saber jurídico, sempre a acrescentar em minha jornada acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho demonstra o resultado de uma vasta pesquisa sobre o inquérito policial ao longo da história no Brasil, de maneira a demonstrar sua evolução e características, que visam garantir ao indivíduo seus direitos e garantias no decorrer de sua instauração. Realizando-se de pesquisas bibliográficas para obter melhor conhecimento e entendimento sobre o assunto, abordando principalmente no que tange sua evolução, e alguns breves comentários sobre o vasto tema que se apresenta a seguir. O foco principal do presente trabalho são os principais direitos e garantias constitucionais dentre os vários buscados pelo constituinte originário de forma a limitar o direito de punir do Poder Estatal durante a instauração do inquérito policial. Essa análise passa primeiramente pelas principais características desse poderoso instrumento investigatório, abordando seus princípios norteadores sob a ótica doutrinária e legal. Por fim, entraremos no debate quanto a mensuração dos principais direitos e garantias do indiciado, abordando aspectos processuais desde a instauração ao indiciamento.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Código de Processo Penal. Procedimento Administrativo. Polícia Judiciária.

ABSTRACT

The following work show the result of a vast research about the police inquiry throughout Brazil's history, in order to show the evolution and characteristics, aimed to grant the individual his rights and guarantees on the course of its instauration. Doing bibliographic research for better knowledge and understanding of the subject, mainly dealing with what says about its evolution, and some brief comments on the vast theme that follows. The main focus of the work are the main rights and constitutional guarantees among the several ones fetched by the original constituent in order to limit the right of punishing of the State Power during the installation of the police inquiry. This analyse first passes through the main characteristics of this powerful investigatory instrument, discussing about its principles guided by the doctrinal and legal perspective. Lastly, we will enter a debate when the mensuration of the main rights and guarantees of the indicted, discussing processual aspects since the instauration to the indictment.

Key-words: Police Inquiry. Criminal Code Procedure. Administrative Procedure. Judicial Police

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O INQUÉRITO POLICIAL.....	12
2.1 Aspectos Históricos.....	14
2.2 Natureza Jurídica e Competência	Erro! Indicador não definido.
2.3 Definições Doutrinárias e Legais.....	Erro! Indicador não definido.
2.4 Disciplina Legislativa	Erro! Indicador não definido.
2.5 Características.....	22
2.5.1 Inquisitividade.....	23
2.5.2 Obrigatoriedade.....	26
2.5.3 Indisponibilidade.....	27
2.5.4 Escrito	Erro! Indicador não definido.
2.5.5 Sigilosidade	31
2.6 Finalidade.....	33
3. O INDICIAMENTO	35
3.1 Sistemas Processuais	36
3.2 O Ato de Indiciar e suas Consequências.....	41
3.3 Nulidades	43
4. DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988	46
4.1 Definição de Princípios, Direitos e Garantias Constitucionais.....	46
4.2 São Direitos e Garantias Constitucionais do Indiciado.....	49
4.2.1 A igualdade perante a lei.....	49
4.2.2 A estrita legalidade.....	52
4.2.3 O devido processo legal.....	55
4.2.4 Proibição da tortura e do tratamento desumano	58
4.2.5 Vedação das provas ilícitas.....	62
4.2.6 Direito ao silêncio	66
5. CONCLUSÃO	70

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72
---	-----------

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho visa demonstrar os direitos e garantias fundamentais que o indivíduo tem perante a instauração do inquérito policial, bem como aspectos ligados ao seu indiciamento, abrangendo desde sua parte histórica até o momento da efetivação de seus direitos e garantias constitucionais, posto que, o tema é de grande importância no mundo jurídico e pertinente no cotidiano de toda a sociedade.

Foi detalhado o método científico, o dedutivo, indutivo no desenvolver do presente trabalho, demonstrando de forma clara tudo aquilo que será proposto nesta introdução.

Os aspectos de ordem histórica referente ao inquérito policial, bem como suas características e finalidades tratam-se de temas obrigatórios a serem apurados nesse trabalho.

O trabalho contextualiza os principais direitos e garantias fundamentais que todo indivíduo tem diante da instauração de um inquérito policial, respeitando os limites estabelecidos tanto de ordem material quanto processual.

O inquérito policial, bem como os direitos e garantias fundamentais alcançaram grandes conquistas no decorrer da história brasileira, haja vista que, na antiguidade, houve a necessidade de criação de um procedimento adequado que investigue as circunstâncias delituosas assim definidas pelo nosso ordenamento, sem que para tanto violasse as gerações de direitos até aqui conquistados.

A magna carta de 1988 trouxe um paradoxo ao nosso ordenamento jurídico, tornando mais efetiva a democratização e humanização do sistema jurídico formal.

Esses fundamentos iniciadores levam em consideração sua natureza jurídica administrativa inquisitorial, bem a atuação da polícia judiciária no uso do instrumento necessário para a apuração dos delitos, que é o principal objeto desse estudo.

Por consequência, esta obra irá vislumbrar o tratamento legal atribuído pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Processo Penal e por outras leis esparsas, que possibilitam uma contribuição para tal direito.

Tratará também em momento oportuno, sobre as limitações desses direitos e garantias tanto para o indivíduo quanto para a polícia judiciária, visando a melhor regularidade na apuração do crime.

Com enfoque no Direito Constitucional e Processual Penal, nos permitimos estudar esse poderoso instrumento policial em toda a sua dimensão, incluindo a visão do indiciado perante seus direitos e garantias constitucionais.

2. O INQUÉRITO POLICIAL

Praticado algum tipo incriminador previsto na norma penal, nasce para o Estado a pretensão de punir, que deriva do latim *jus puniendi*, consistente em um dever-poder de punir o indivíduo que violou a conduta proibida pela norma penal.

Nosso ordenamento jurídico, interpretado à luz dos direitos e garantias constitucionais, veda a imediata punição do infrator, ou seja, proíbe a imediata aplicação da sanção penal ao agente, que por força do direito à liberdade, submete a satisfação da pretensão punitiva adquirida pelo Estado a um controle jurisdicional (extra-judicial) antecedente, exercido pela polícia judiciária.

Veja que embora seja o Estado detentor do *jus puniendi*, não lhe é permitido punir sem que haja a existência de um processo, salvo raras exceções, e.g. a aplicação de uma multa de trânsito. Daí a regra *nulla poena sine judicio*, melhor explicitando, “não há pena sem processo”.

Para tanto, é necessário que o Estado apure alguns aspectos ligados à infração penal, como provas sobre a existência do delito e a presença de fortes indícios de autoria. Insta destacar que para a grande maioria dos estudiosos é totalmente inconstitucional a propositura de uma ação penal sem estes requisitos, tendo em vista um Estado Democrático de Direito.

Todo esse processo (*latu sensu*) assume uma verdadeira feição de garantia ao indiciado, de forma que para assegurar a defesa e tutelar o direito constitucional à liberdade, ao Estado tornou-se obrigatório a aplicação do Direito Penal pela via jurisdicional, interpondo assim, o inquérito policial entre o cometimento da infração penal e a efetiva aplicação da sanção penal.

Para Tourinho Filho (1989, p. 445):

Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do Inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção.

É certo, como já dito acima, que a sanção penal, ou seja, a concretização do *jus puniendi* do Estado só poderá ser concretizada jurisdicionalmente, impondo-lhe para tanto, a consecução de atividades cujo objetivo é a própria punição (*persecutio criminis*), consubstanciada em duas etapas: a investigação policial e a ação penal.

A investigação que no Brasil é realizada pela polícia judiciária, constitui uma atividade antecedente/preparatória, de caráter informativo e preliminar, que tem como objetivo fornecer ao titular da acusação substratos indispensáveis a propositura da ação penal, que uma vez instaurada será regida pelo princípio do devido processo legal, que zela por um processo seguro, justo e confiável, servindo para a efetivação da pretensão punitiva estatal.

Já a ação penal, para a sua propositura, requer a justa causa, que repousa em elementos de convicção que proporcionem suporte fático, que viabilizem o pedido da acusação, como provas da materialidade do crime e indícios de sua autoria.

Ensina Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 20):

A justa causa para a ação penal repousa na exigência de elementos de convicção que proporcionem suporte fático e demonstrem viabilidade da acusação (indícios de autoria e prova de materialidade), não bastando, para sustentar o constrangimento da ação penal, a singela descrição (imputação), na denúncia ou na queixa, de um fato revestido de tipicidade, despido de um “começo de prova”.

Logo, se vê presente a relevância desse poderoso instrumento investigativo: propiciar a justa causa para a propositura da ação penal efetivando assim o dever-poder de punir do Estado, e por consequência resguardando os indivíduos contra acusações sem nexos, temerárias e desprovidas de qualquer lastro probatório.

Essa extrema necessidade fez surgir, então, a investigação preparatória, que se constitui justamente na colheita de elementos acerca do fato tido como criminoso por nosso ordenamento jurídico.

O inquérito policial consiste, portanto, em um emaranhado de atos administrativos e executórios com a finalidade de buscar provas da materialidade do fato e indícios do possível autor do crime.

Entretanto, como veremos adiante, todo esse conjunto de atos que visam assegurar a direito-dever do Estado em punir o indivíduo deverá resguardar os direitos e garantias constitucionais do indiciado.

2.1 Aspectos Históricos

O sistema inquisitorial surgiu na idade média, por volta do século XIII (meados do ano de 1.201), onde se valia da chamada autoridade papal para proceder contra todos os suspeitos de crimes de heresias, que eram aqueles que iam contra as ideologias do sistema Católico.

A inquisição fora um meio usado pelos líderes religiosos para perseguir todos aqueles que iam contra seus interesses e vontade religiosas, inclusive grandes figuras públicas como Galileu Galilei e Joana D'Arc, dentre outros.

Essa época destacada como “Tempo de Inquisição” foi imposta em todos os lugares onde a religião católica predominava, desta forma chegou aos países de língua portuguesa, como Portugal, Angola e Brasil.

Para o professor José Geraldo da Silva (1996, p. 21) “O inquisitor era tido como um juiz delegado, uma vez que tinha poder sobre o que lhe foi delegado pelo Papa. Toda e qualquer ameaça à fé católica era averiguada pelo Santo Ofício”.

Por outro lado, a constituição criada por Lúcio III no ano de 1184 (Século XII) é relacionada por muitos pensadores como o marco da inquisição, que ordenava aos bispos e demais santidades da igreja católica visitarem suas respectivas dioceses, com o fulcro de apurar os delitos de heresia, de fama pública ou ainda as denúncias do povo.

No mesmo sentido, José Geraldo da Silva (1996, p. 24) entende que:

Aquele ato do poder papal, expedido de acordo com os príncipes seculares, ordena aos bispos, que por si só, pelos arcebispos, ou por comissários de sua nomeação, visitem uma ou duas vezes por ano as respectivas dioceses, a fim de descobrir os delitos de heresia, ou por fama pública ou por denúncias particulares. Nessa constituição aparecem já as designações de suspeitos, convencidos, penitentes e relapsos, com que se indicavam diversos graus de culpabilidade religiosa, com diversas sanções penais.

A inquisição estava presente, portanto, em todos os locais onde a igreja católica possuía forte influência, atingindo inclusive o Brasil. No começo, não havia distinções entre crimes contra a religião católica (heresia) e os crimes comuns, sendo que somente após a idade média passou haver tal distinção.

No Brasil, há quem defina a data de 03 de dezembro de 1841 como a data de criação do Inquérito adotado em nosso sistema (nome diverso na época). Formalmente, o inquérito policial só seria regularizado em 20 de setembro de 1871, quando que passou a conferir aos Chefes de Polícia o poder de investigação, obrigando-o posteriormente a remeter todos os dados e provas colhidas ao juízo competente, para que formasse sua opinião sobre o caso e proferisse sua sentença.

Neste sentido, podemos concluir que desde o final do século XIX já havia um sistema de investigação preliminar com o fulcro de reunir provas e informações sobre o delito.

Nesta seara, José Antonio Lopes e Joel Bino de Oliveira (1999, p. 31) apontam que:

A denominação Inquérito policial surgiu no Brasil com a Lei 2.033, de 20.09.1871, posteriormente regulamentada pelo Dec.-lei 4.824, de 28 de novembro, e inclusive o art. 42 do citado diploma, chagava a defini-lo: O inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seu autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.

O inquérito que conhecemos atualmente em nosso ordenamento jurídico é diferente daquele criado no final do século XIX, o qual era moldado com as bases históricas de seu tempo.

Porém é certo que daquele tempo ao atual houve grandes mudanças no ordenamento jurídico pátrio, inclusive com a criação da primeira constituição democrática brasileira (1988) a qual imputou a todos os indiciados um vasto rol de direitos e garantias coletivas e individuais a serem estudados no decorrer do presente trabalho.

2.2 Natureza Jurídica e Competência

A primeira consideração que podemos tecer sobre sua natureza jurídica, é que este não visa a punição do indivíduo, mas tão somente a averiguação dos fatos e ao apontamento do respectivo autor.

Apesar desse poderoso instrumento investigatório não obedecer a um rito pré-estabelecido, nossa lei processual penal traz em seus artigos 4º ao 23º regras para sua elaboração, ou seja, descreve como proceder, formalizar e instaurar o inquérito policial.

Alguns doutrinadores, como Hidejalma Muccio (2006, p.20) limitam a dizer que o inquérito possui natureza inquisitiva, sigilosa e escrita, outros vão mais a fundo e afirmam não se tratar de um processo, e sim de um procedimento administrativo informativo, pois a lei assim os distingue.

Ensina Fabio Geraldo Veloso (2011, p. 36) que: “A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo a lei, o Inquérito Policial (arts. 4ª a 23, do Código de Processo Penal) da instrução criminal (arts. 394 a 405, CPP)”.

Em verdade, é nítida a diferença entre ambos os institutos, uma vez que no inquérito não se vislumbram partes, pedido ou causa de pedir, as quais são características essenciais para a formação do processo.

No mais, destaca-se a ausência de acusação formal, onde existe apenas a figura do “suspeito” ou “indiciado”, se assim evidenciado pela polícia judiciária no curso das investigações.

Logo, podemos concluir que as normas que regulam o inquérito policial no código processual penal não normatizam o processo crime, se limitando ao procedimento administrativo da polícia judiciária, sendo regido por normas de natureza administrativa.

Em um primeiro momento, podemos definir competência como sendo o poder conferido pela lei a determinado sujeito para o exercício de certa atividade.

O código de processo penal em seu artigo 4º traz a competência de instauração do inquérito policial como sendo da polícia judiciária, que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições.

Para a Constituição Federal de 1988, as autoridades policiais que presidem o inquérito policial são aquelas elencadas no artigo 144, §4º, quais sejam, os Delegados Federal nos crimes de responsabilidade federal e os delegados civis, cuja competência se limita ao seu respectivo Estado.

A competência tem origem de acordo com a natureza do crime e o local de sua consumação, obedecendo aos dispostos nos artigos 5º e 6º da lei material.

Como bem esclarece Flavio Meirelles Medeiros (1994, p.27):

A chamada polícia de segurança é a polícia preventiva. É a atividade de polícia que tem por finalidade evitar que crimes sejam praticados. É exercida não apenas pelas polícias civil e federal como também pelas polícias militares, às quais compete a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Já a denominação polícia judiciária é reservada à função policial que tem por escopo apurar infrações penais e autoria para o fim de fornecer tais elementos ao órgão oficial da acusação para que este possa dar início à ação penal. A polícia judiciária é repressiva. Inicia por onde falhou a polícia de segurança. Enquanto esta visa prevenir a prática de delitos, aquela objetiva a investigação dos delitos que não puderam ser evitados pela polícia de segurança.

E ainda, para ele (1994, p. 28):

A polícia federal, nos termos do artigo 144, parágrafo 1º, e seus incisos, da Constituição Federal, destina-se a apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme (reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho) e, ainda, exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. Já as polícias estaduais, na dicção do parágrafo 4º do mesmo dispositivo constitucional, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Tal competência, por força da própria Constituição (Art. 5º, LIII) é irrenunciável, indelegável e exclusiva, mas que poderá ser dividida pela natureza do crime, como é o caso das delegacias especializadas.

Além das autoridade policiais, o parágrafo único do artigo 4º do código de processo penal traz a possibilidade de investigação por outras autoridades administrativas. A título de exemplo, temos os processos administrativos dos crimes cometidos por policiais militares, bem como a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) realizadas pelos membros do Poder Legislativo.

2.3 Definições Doutrinárias e Legais

O Inquérito policial pauta-se como tema de imensa importância e relevância na elucidação de um delito, posto que sua instauração abarque vários temas dentro do direito, tais como a abrangência dos direitos e garantias advindos da Magna Carta e até mesmo limites previstos dentro do Código Processual Penal Brasileiro e em outras leis esparsas em nosso ordenamento jurídico.

A palavra Inquérito Policial tem sua origem do latim *Quaerere*, que significa dizer procurar sempre em busca. Assim também podemos buscar uma definição nas palavras de Rogério Antônio Lopes (1999, p. 31):

Quaeritare do latim, andar sempre em busca, ato ou efeito de inquirir, conjunto de atos e diligências com que se visa apurar alguma coisa (Dicionário Aurélio).”, ilustrando assim, uma clara noção dessa importante ferramenta utilizada pela polícia judiciária para a elucidação dos mais diversos crimes previstos na legislação Brasileira.

No direito brasileiro, a palavra Inquérito Policial surgiu quando da criação da Lei nº 2.033 de 20 de Setembro de 1871 e que posteriormente fora regulamentado pelo Decreto Lei nº 4.824 de 28 de Novembro do mesmo ano e que trazia em seu artigo 42 a seguinte disposição:

Art. 42. O inquerito policial consiste em todas as diligencias necessarias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circumstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto, observando-se nelle o seguinte:

(...)

Ao destrinchar o artigo supracitado, vemos que desde sua criação é evidente sua função de captar as primeiras informações a comporem a futura ação penal, de forma que sua essência continua intacta até os dias atuais.

No mesmo sentido, Roberto Antônio Lopes (1999, p. 31), com base na legislação atual define que “o Inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.”.

O atual código de processo penal em seu artigo 4ª traz de forma implícita uma definição para o inquérito, como sendo um instrumento de apuração das infrações penais e da sua autoria, sendo competente a policia judiciária no território de suas respectivas circunscrições.

Já a Constituição Federal de 1988 não conceitua esse poderoso instrumento investigatório, mas traz referências de sua importância em seu artigo 5º,

LIII ao positivar que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Isso nos remete a ideia de impossibilidade de transmissão dos poderes investigatórios.

Nas palavras de Augusto Mondin (1967, p. 05):

O inquérito é, pois, o instrumento clássico e legal de que dispõe a autoridade para o desempenho de uma das suas mais importantes funções. A sua elaboração constitui, principalmente, ato de polícia judiciária, e tem por escopo apurar não só os chamados crimes comuns, senão também as infrações previstas em legislação especial, quando as leis que lhe regulam o processo não dispuserem o contrário e os fatos que deem lugar à aplicação das medidas de segurança.

Leciona Romeu de Almeida Salles Junior (1986, p. 3):

“O Inquérito Policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto”.

Neste diapasão, temos que o inquérito é a reunião dos principais elementos capazes de instruir a ação penal, apurando de forma precisa as circunstâncias ensejadoras do fato crime, identificando a autoria e materialidade do delito.

Quanto a questão da terminologia, outra definição que nos remete o estudo é a *Persecutio Criminis* (persecução penal) a qual é caracterizada pelo conjunto de atos do Estado com a finalidade de punir o indivíduo. Para tanto, podemos dividir a Persecução Penal em dois momentos.

Um primeiro é a investigação preliminar, exercida pela polícia judiciária, por meio do já definido inquérito policial, consagrado por um complexo de atos investigatórios para a colheita de provas sobre a materialidade e autoria do fato crime.

A outra face da persecução penal é a ação penal, cujo oferecimento se dará pelo seu titular.

Nos ensinamentos de Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 19):

A propósito, prescreve o art. 5º, inciso LIV, da Constituição federal, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, vale dizer, a aplicação da sanção penal pressupõe a tramitação de um processo, desenvolvido segundo a forma estabelecida em lei.

O processo assume a feição de verdadeira garantia aos acusados, posto que, para assegurar a defesa e tutelar o direito de liberdade, o Estado tornou obrigatória a aplicação do direito penal pela via jurisdicional, interpondo, assim, o processo entre o cometimento da infração penal e a efetiva aplicação da sanção penal.

Com efeito, o Estado autolimitou o exercício do *jus puniendi*, condicionando a imposição da sanção penal a uma precedente apreciação jurisdicional acerca da procedência da pretensão punitiva estatal e sua conseqüente prevalência sobre o *jus libertatis* do agente.

O fato e a sanção penal somente poder ser aplicada processualmente impõe ao Estado a consecução de atividades destinadas a obter a aplicação da pena: a *persecutio criminis*, consubstanciada por duas fases: a investigação e a ação penal.

Logo, podemos também definir inquérito policial como sendo o conjunto de atos e diligências concentrados em instrumento com a finalidade de apurar, investigar, inquirir, averiguar determinado fato crime praticado pelo homem, para garantir a persecução penal do Estado.

2.4 Disciplina Legislativa

O inquérito policial é o principal instrumento pelo qual se realizam as investigações em torno do fato crime praticado por algum indivíduo, fase essa anterior a persecução penal.

Para tanto, há previsões quanto a sua instauração e aplicabilidade no direito processual, devendo ser observado os dispostos no nos artigo 4º ao 23º do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto Lei nº 3.689/1941.

A constituição também prevê as particularidades do inquérito policial, principalmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais do indiciado perante a instauração do instrumento policial.

Também há súmulas nos Tribunais Superiores que regulam o procedimento do inquérito policial.

A título de exemplo podemos citar a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal ao qual afastou a característica da sigilosidade dos inquéritos policiais perante a pessoa do advogado do indiciado.

Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Já nos Juizados Especiais Criminais o inquérito policial é dispensado, tendo em vista seu procedimento célere e simplificado, bastando a lavratura do Termo Circunstanciado, ou se igualmente desnecessário, dispensasse qualquer procedimento investigatório, conforme se extrai entendimento do artigo 69 combinado com o parágrafo 1º do artigo 77 da lei 9.099/95.

2.5 Características

Importante destacar que assim como todos os institutos do direito, o inquérito policial possui características próprias ao qual devem ser obedecidas pela polícia judiciária ante a sua elaboração.

Para essa obra, enumeramos algumas das principais características as quais se encontram a inquisitividade, obrigatoriedade, indisponibilidade, dispensabilidade, sigilo e a escrita.

2.5.1 Inquisitividade

Falar em inquisitividade significa dizer ausência de dois dos principais direitos que todo indivíduo tem perante qualquer tipo de acusação, que é o contraditório e a ampla defesa. Para tanto torna o inquérito um procedimento totalmente distinto da ação penal.

A palavra Inquisitividade reflete em unilateralidade, que confere a esse procedimento administrativo uma dinâmica diferente daquela vista na ação penal, a qual é informada pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por ser inquisitivo, há certa carga de discricionariedade conferida à autoridade policial para a condução das diligências tendentes ao esclarecimento do fato crime.

A ideia de ausência do contraditório e da ampla defesa dentro do instrumento policial é bem controvertido no mundo jurídico, porém é análogo o entendimento de Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 21) quanto a inexistência das duas garantias supracitadas:

A natureza inquisitiva do inquérito policial confere a esse procedimento administrativo dinâmica absolutamente diversa da presente na ação penal, informada pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, *ex vi* do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

E ainda completam dizendo (2006, p. 22):

No inquérito policial, ao contrário, as investigações são conduzidas unilateralmente pela autoridade policial (sem necessidade de intervenção do indiciado), realizando-se, com discricionariedade, as diligências tendentes ao esclarecimento da infração penal e de sua autoria.

Destarte, por se tratar de procedimento administrativo **inquisitivo**, descabe exigir, no curso do inquérito policial, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Denota o caráter inquisitivo (não-contraditório) do inquérito policial o art. 14 do Código de Processo Penal, que defere à autoridade policial discricionariedade para realizar ou não diligências requeridas pelo ofendido (ou representante legal) e pelo indiciado.

Importante destacar que o inquérito policial não tem óbice no artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta, razão pela qual surge a ideia de inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o dispositivo menciona em *processo judicial ou administrativo*, ao passo que o inquérito é um *procedimento administrativo*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Assim, da própria definição da natureza jurídica de inquérito policial estudado nos tópicos acima, denota-se que a própria lei distingue o inquérito do processo criminal, uma vez que se trata de um típico procedimento administrativo de cunho informativo.

Ademais, não há no inquérito policial a formação de uma acusação formal, não havendo para tanto o chamado “acusado” nesta fase pré-processual da *persecutio criminis*.

De acordo com o entendimento de Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 14), o inquérito policial, objeto do presente estudo é em contraposição ao processo judicial, administrativo, por não ter uma sequencia lógica e obrigatória de diligências a serem buscadas.

É administrativo em contraposição ao processo, que é judicial. Em que se pese ser descrito e delineado no Código de Processo Penal, o inquérito não consta uma sequencia de atos predeterminada tal qual o processo. As diligências determinadas no seu bojo e o curso do procedimento são discricionários (mas isso não retira do delegado o dever de seguir o ritual imposto pelo Caderno Processual, para produção da prova que tenciona coligir).

Em que se pese ser o inquérito policial inquisitivo, é permitido que o indiciado solicite ou indique a juntada de documentos que sejam uteis no curso da

investigação, mas que poderá ser indeferida pela autoridade policial ante a discricionariedade conferida por lei, destacando que a efetiva produção de provas só poderá ser requerida em fase de instrução processual, ante a existência de um processo crime.

Convém destacar, que diante da realização da perícia de exame de corpo de delito, não há que se falar em discricionariedade, uma vez que é obrigatória e deve ser determinada de ofício, e caso não haja, poderá o indiciado requerer a sua realização por força do disposto no artigo 184 do código de processo penal.

De igual forma, é possível a nomeação de um defensor pelo suspeito para o acompanhamento das investigações, o que inclusive é pacificado por meio do enunciado da súmula vinculante nº 14.

Ao mesmo tempo o caráter inquisitivo não se revela apenas pela não observância do contraditório e ampla defesa, possuindo a autoridade certa carga de discricionariedade ou mesmo no dever de sua instauração de ofício, mas também na impossibilidade de se opor suspeição às autoridades competentes pela instauração do inquérito policial nos termos do artigo 107 do código de processo penal.

Sem dúvidas que essa ideia acentua ainda mais seu caráter inquisitivo, confirmando a máxima de que o indiciado é mero objeto da investigação e não um sujeito de direito. Nada impede, todavia, que a própria autoridade policial se declare suspeita quando ocorrer algum motivo legal.

Para Hidejalma Muccio (2006, p. 26):

Às partes não é dado arguir a suspeição das autoridades policiais. Nada impede, no entanto, que a própria autoridade policial, de ofício, se declare suspeita, quando ocorrer motivo legal. É o que acentua a parte final do mesmo art. 107 do CPP. Não é intenção do Estado, preocupado em fazer justiça, permitir que a investigação fique a cargo de autoridade suspeita. A autoridade policial suspeita, com sua conduta, poderia causar vexames aos indiciados, além de negligenciar na colheita de elementos sérios a justificar e garantir o sucesso da ação penal, criando obstáculo à *persecutio criminis in judicio*. Havendo motivo legal de suspeição, e haverá se presente uma das hipóteses traçadas pelo art. 254 do CPP, por analogia, deverá a autoridade policial deixar de intervir nos autos do inquérito. O que não se admite é que o indiciado ou mesmo a vítima possam opor suspeição à autoridade policial, tal qual podem fazer as partes em relação ao juiz, ao promotor e aos serventuários ou funcionários da justiça.

Por esse entendimento, vemos a preocupação da doutrina em garantir ao indiciado uma investigação justa, segura e confiável ainda que ausentes os princípios ora mencionados. Para tanto, o legislador positivou o instituto da suspeição com aplicação nos autos do inquérito, ainda que seja vedado ao indivíduo investigado opô-las perante a autoridade policial.

Por fim, convém mencionar que a inquisitividade não se reflete em plena arbitrariedade. Evidente que ambos os conceitos são distintos. Portanto, o delegado de polícia, que é aquele a presidir o inquérito policial está adstrito aos limites constitucionais relacionados à matéria.

2.5.2 Obrigatoriedade

Já o artigo 5º do código de processo penal traz a tona sua obrigatoriedade, utilizando-se do verbo imperativo “será iniciado”, ao qual confere à autoridade policial a obrigatoriedade de sua instauração em decorrência da prática de qualquer crime de ação penal pública.

Essa obrigatoriedade em sua instauração está presente quando da ocorrência de um crime cuja ação seja pública incondicionada, ainda que tal dispositivo apenas mencione genericamente “Crimes de ação pública”.

Assim, podemos extrair igual entendimento de Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 23) ao destacar o caráter obrigatório do inquérito policial nos crimes de ação penal pública incondicionada:

Ao tomar conhecimento da ocorrência de um crime de ação penal pública incondicionada, surge para a autoridade policial, portanto, o dever legal de instaurar inquérito policial, devendo fazê-lo *ex-officio* (Art. 5º, I, do CPP), por meio de Portaria, no caso de cognição espontânea (imediate ou direta) da infração penal.

E ainda, para eles (2006, p. 23):

O art. 5º, *caput*, do código de processo penal, embora mencione genericamente 'crimes de ação pública', refere-se apenas aos crimes de ação penal pública incondicionada (espécie do gênero 'ação penal pública'), eis que aos demais casos (ação penal pública condicionada) o legislador deferiu disciplina legal apartada, insculpida no § 4º do mesmo artigo.

Porém, essa característica da obrigatoriedade conforme vimos acima, não abrande todas as espécies de ação penal como o próprio artigo supracitado nos induza a pensar, de forma que somente é obrigatório nos casos da ação ser pública incondicionada, conforme se extrai o entendimento dos parágrafos 4º e 5º do mesmo artigo.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(...)

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

No entanto, mesmo que o delegado de policial, responsável por presidir o inquérito policial, em casos evidentes de ausência de justa causa, não poderá indeferir o pedido de instauração, por força de sua indisponibilidade.

2.5.3 Indisponibilidade

Outra das suas características é a indisponibilidade ao qual a autoridade policial está atrelada, o que significa dizer que instaurado o inquérito policial, dele não poderá dispor e nem proceder ao seu arquivamento sem prévia autorização do titular da ação penal.

Essa ideia é extraída do artigo 17 do código de processo penal brasileiro onde, a autoridade policial não poderá mandar arquivar ao autos de inquérito.

No sistema processual brasileiro, os autos do inquérito somente poderão proceder ao arquivamento mediante pedido expresso do membro ministerial, titular da ação penal, e concedido pelo Juíz de Direito competente.

Neste mesmo raciocínio, Norberto Avena (2011, p. 103) entende que:

Uma vez instaurado o inquérito policial, não pode a autoridade policial, por sua própria iniciativa, promover o seu arquivamento (art. 17 do CPP), ainda que venha a constatar eventual atipicidade do fato apurado ou a não detectar indícios que apontem ao investigado sua autoria. Em suma, o inquérito sempre deverá ser concluído e encaminhado a juízo.

Assim, uma vez instaurado o inquérito, a autoridade não poderá proceder ao seu arquivamento por iniciativa própria, ainda que no decorrer das investigações ficar provado a atipicidade do crime ou mesmo que não encontrem indícios de sua autoria.

E ainda, nas palavras de Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 23) somente são duas as hipóteses em que poderá haver o arquivamento do inquérito policial, sendo que “no sistema processual penal brasileiro, o arquivamento do inquérito policial somente pode ser ordenado por Juiz de Direito, a requerimento do ministério público”.

Diante de tais palavras, chegamos à conclusão que somente poderá haver a dispensa do inquérito mediante ordem expressa da autoridade judiciária e desde que o titular da ação penal assim requeira, o que nos remete aos dois artigos supracitados, quais sejam, artigos 18 e 28 ambos do código de processo penal brasileiro.

Desta feita, mesmo que a autoridade policial constate no curso do inquérito não haver culpa (em sentido amplo) do investigado, não poderá dele dispor por força de sua indisponibilidade.

Ao mesmo tempo em o inquérito é indisponível, poderá ser ele dispensado na hipótese em que o Promotor de Justiça já possua elementos suficientes que justifiquem a acusação, podendo desde logo propor a ação penal. Há também aspectos de sua dispensabilidade no juizado especial criminal, regido pela lei 9.099/95.

Para José Geraldo da Silva (1996, p. 60), o inquérito é o principal se não o único instrumento de investigação criminal, mas que dependendo das circunstâncias poderá ser dispensado.

Assim sendo, essa exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, é o que se apura no regular inquérito policial, que uma vez relatado irá fornecer ao órgão do Ministério Público todos esses dados imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, para que o órgão jurisdicional exerça o *jus puniendi*. Agora, caso o promotor de justiça tiver em mãos todos os elementos que reza o art. 41 do CPP, que seriam suficientes para a elaboração da peça, então se tornaria dispensável o inquérito policial.

Da mesma forma, o artigo 12 do código de processo penal nos traz essa ideia de dispensabilidade ao utilizar a expressão “sempre que” na redação original de seu artigo, ao mencionar a denuncia e a queixa crime.

Assim também é o entendimento de Angela C. Cangiano Machado, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e de Paulo Henrique Aranda Fullher (2006, p. 24):

O art. 12 do Código de Processo Penal corrobora a dispensabilidade do inquérito policial ao empregar a locução “sempre que”, entrevendo a possibilidade de a exordial acusatória vir embasada em algo diverso de um inquérito policial.

Outrossim, proclama a dispensabilidade do inquérito policial o art. 27 do Código de Processo Penal, que defere a qualquer pessoa a possibilidade de fornecer ao Ministério Público peças de informação, diante das quais pode o *parquet*, desde logo, oferecer denúncia, dispensando o inquérito policial para a promoção da ação penal pública (Art. 46, §1º, do CPP).

Ainda que nos casos descritos acima, tenha o titular da ação penal provas suficientes para a interposição da ação competente, não significa dizer que

se esgotaram os elementos que apontem para a existência ou autoria do crime, sendo que por meio do inquérito policial é possível a realização de provas periciais, bem como outros tipos de diligências tidas como indispensáveis.

Neste diapasão, poderá ocorrer igualmente à dispensa nos procedimentos dos Juizados Especiais Criminais definidos assim definidos pelo artigo 69, da lei 9.099/95, que poderá ser substituído pelo termo circunstanciado ou até mesmo ser dispensado qualquer ato extrajudicial, pela observância de seus princípios informadores, em especial o da simplicidade e celeridade processual.

Assim, temos igual entendimento de Hidejalma Muccio (2006, p. 279):

Diz o art. 69 da referida lei que a autoridade policial encaminhará ao juizado, com o termo circunstanciado, o autor do fato e a vítima, providenciando as requisições dos exames periciais necessários. Não há, pois, a figura do inquérito policial. Não há investigação nos moldes preconizados para o inquérito policial. Chegando ao seu conhecimento a *notitia criminis*, a autoridade policial deverá registra-la em B.O. (Boletim de Ocorrência), elaborando, na sequência, o Termo Circunstanciado.

A dispensa do inquérito policial embasada no artigo 69 da lei dos juizados especiais criminais não significa dizer que não haverá investigações acerca do fato criminoso, mas tão somente que por se tratar de crimes de menor complexidade não há a exigência de sua instauração. Nesse caso, tomado a autoridade policial ciência da *noticia criminis*, deverá registrar em Boletim de Ocorrência procedido da elaboração do Termo Circunstanciado.

Destarte, mesmo podendo ser dispensado esse poderoso instrumento investigatório em algumas situações, o que se denota nas atividades policiais é que quase sempre o inquérito policial é a única base para o futuro oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial.

2.5.4 Escrito

O inquérito policial também deverá ser escrito, o que nos remete a outra característica, conforme inclusive preceitua o artigo 9º do código de processo penal brasileiro, afirmando que as peças do inquérito, serão reduzidas a termo ou datilografadas, sendo que neste caso será rubricadas pela autoridade policial.

Nesse sentido, entende Norberto Avena (2011, p. 102) que:

Todos os atos realizados no curso das investigações policiais terão a forma escrita e serão rubricados pela autoridade, incluindo-se nesta regra depoimentos, testemunhos, reconhecimentos, acareações, enfim, todo o gênero de diligências que vierem a ser realizadas (art. 9.º do CPP).

A partir da letra da lei, vemos que sua forma escrita possui uma dupla proteção, tanto para o Estado quanto para o investigado, que terá tudo minuciosamente descrito, evitando-se assim, eventuais vícios procedimentais.

Para tanto, todos os atos no curso do inquérito policial deverão ser reduzidos a termo, incluindo-se todo aquela rol elencado no artigo 6º do código de processo penal.

2.5.5 Sigilosidade

Temos também que o inquérito policial é um procedimento sigiloso ao qual visa assegurar a regular investigação, sem qualquer interferência de terceiros ou até mesmo o indiciado, perdurando até o fim das conclusões das diligências, mas sempre garantindo ao indiciado seus direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Nas palavras de José Geraldo da Silva (1996, p. 174) o sigilo do inquérito se faz necessário:

É na fase da persecução criminal preparatória, onde se colhem as primeiras informações que servirão de convicção a respeito da existência da infração penal e sua autoria, que se faz necessário o sigilo do inquérito policial.

E ainda, para ele (1996, p. 174):

A medida tem cabimento, pois caso venha ocorrer a divulgação das atividades policiais investigatórias, poderia tal divulgação criar sérios embaraços ao esclarecimento do delito e sua autoria, com destruição de vestígios, intimidação e suborno de testemunhas, ocultação de armas e instrumentos utilizados, bem como o comprometimento do trabalho de pesquisa levado a termo pela polícia.

Da mesma forma, concluímos que a sigilosidade do inquérito policial também encontra amparo em nossa Constituição Federal de 1988, onde em seu artigo 5º, inciso LX traz a exceção do inquérito (procedimento) na garantia de publicidade dos atos processuais.

O sigilo dos autos do inquérito, no entanto não pode ser oposto ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (Art. 7º da Lei nº 8.906/94 e Súmula Vinculante nº 14) e ao Ministério público, que é o titular da ação penal pública incondicionada.

Assim, temos que o inquérito policial é regido por diversas características ao qual o legislador impõe para controlar a regularidade da instauração, bem como para garantir seus direitos e garantias do indiciado perante a investigação, sob pena de mera irregularidade do ato, vez que não podemos falar em nulidade de uma peça que é meramente informativa.

2.6 Finalidade

Podemos assim destacar que o inquérito possui duas finalidades. Essas finalidades, por vezes se confundem com a finalidade do próprio processo penal, com o intuito de promover a persecução penal do Estado. A finalidade mediata é a de fornecer elementos probatórios para o oferecimento da denuncia ou queixa, enquanto a imediata é a apuração do fato tido como criminoso e a sua autoria.

Para o oferecimento da denuncia ou queixa, o titular da ação penal deve dispor de um mínimo de subsídio probatório para comprovar a justa causa e conseqüentemente preencher os requisitos do artigo 41 do código de processo penal, os quais são indispensáveis para sua promoção.

O artigo 41 da legislação processual penal exige que “a inicial acusatória contenha a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Evidente que só é possível a colheita de todas essas informações por meio de um procedimento anterior à ação penal, ao qual se dará por meio do inquérito policial, ressalvado os casos previstos na lei nº 9.099/95.

Prosseguindo em suas divagações e expandindo suas ideias, Fabio Geraldo Veloso (2011, p. 37) conclui da mais precisa maneira que:

Para se intentar uma Ação penal, o seu titular deve dispor de um mínimo de informações e elementos indiciários/probatórios para se justificar a causa de pedir (justa causa) e preencher os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Logicamente, após a produção do corpo de informações elementos etc. procedidos pelo Inquérito Policial, este servirá de base para o oferecimento da petição inicial *in judicio* (denuncia ou queixa) eis que possibilitou a formação da *opinio delicti* e a caracterização da justa causa.

Ainda, se destrincharmos a finalidade imediata do inquérito, observamos que além de fornecer elementos probatórios para condenação do indivíduo, este poderá, com base nas provas coletadas nos autos do inquérito,

decretar a prisão cautelar do acusado ou do indiciado (dependendo da existência ou não de um processo), observado o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e ao *periculum in mora* (perigo da demora), conforme se consubstancia o entendimento no artigo 312 do código de processo penal.

Se partirmos da premissa de que esse instrumento administrativo de investigação constitui a primeira fase da persecução penal, conseqüentemente após sua conclusão haverá a segunda fase que consistirá em responsabilizar criminalmente o indiciado.

3 O INDICIAMENTO

O indiciamento é o ato policial pelo qual se conclui nos autos do inquérito haver suficientes indícios de autoria e materialidade do suposto fato crime. O indiciamento tem como objetivo demonstrar a culpabilidade do investigado por meio do levantamento de indícios de autoria e materialidade colhidos durante o andamento do inquérito policial (e.g. laudos periciais, depoimentos etc.).

Ele pode ser classificado como direto e indireto. O direto, como a própria terminologia sugere, é o presencial, o qual o indivíduo toma ciência de tal ato e passa a ser interrogado pela autoridade competente. Já o indireto, é aquele efetivado sem a presença do indivíduo (e.g. quando este se encontra foragido).

O ato de indiciamento tem como consequência a colheita da oitiva do próprio suspeito que passará a ser o indiciado nos autos do inquérito policial, no qual deverá ser respeitado seus direitos, como o de assistência por um advogado, de permanecer em silêncio, à integridade física e moral, dentre outros.

No que tange ao tema, o doutrinador Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 39):

Trata-se de ato formal do delegado de polícia, feito por meio de despacho devidamente fundamentado, que demonstra por meio de indicação das provas já coligidas no curso do feito, que o investigado efetivamente cometeu o crime apurado, no entender da autoridade policial.

E ainda, para ele (2012, p. 39):

O ato tem como consequência a oitiva do indiciado em termo de interrogatório (no qual serão garantidos os direitos de se fazer assistir por advogado ou defensor público, ao silêncio, à integridade física e moral, dentre outros), confecção de boletim de vida pregressa (para os fins do artigo 59 do CP, como determinado pelo artigo 6º, IX, do CPP), confecção de prontuário de identificação criminal (com dados do indiciado para fins de cadastro junto ao instituto de identificação), juntada de cópia de documento oficial de identidade (ou materialização de identificação criminal, na forma

das Leis nº 9.034/95 e nº 12.037/09) e solicitação de folha de antecedentes (artigo 6º, X, do CPP).

Veja que para haver o ato do indiciamento, a autoridade policial deverá fundamentar o despacho, que demonstrará por meio de indicação de provas coletadas no curso da investigação que o indivíduo realmente praticou o fato crime.

Há, entretanto a possibilidade do “desindiciamento”, nos casos em que a polícia judiciária perceba que o ato de indiciar foi projetado em prova que cedeu diante de uma colisão com provas mais concretas. Também nesse caso, deverá ser manejado em despacho devidamente fundamentado do delegado da polícia.

3.1 Sistemas Processuais

O sistema processual penal brasileiro é um conjunto de regras, princípios e postulados normativos que determinam o sentido de determinada situação fática. Esse conjunto é instituído pelo Estado e poderá ser acusatório, inquisitivo ou misto, conforme a classificação adotada.

Nascido na Grécia e ganhando maior amplitude após a revolução francesa, o sistema acusatório começava o processo pela acusação, que poderia ser feita pelo próprio ofendido ou por alguém que lhe representasse nos crimes de ação privada. Com a evolução da espécie humana, os estudiosos da época notaram que o crime não ofendia somente o cidadão, mas sim toda uma coletividade, o que então poderia ser proposta a acusação por qualquer do povo.

Somente após realizada a acusação por alguém do povo, era que se iniciava o que hoje se faz por meio do instrumento policial, a começar pela pesquisa da autoria e a materialidade do fato crime.

As diligências pertinentes eram levadas a termo pelo próprio acusador, que era autorizado pela figura do magistrado, que lhe dava autorização por meio de um mandado.

Tal sistema, entretanto, havia a figura do contraditório como garantia politico-jurídica do cidadão, bem como a presença de isonomia entre acusado e acusador e a assistência de um juiz imparcial.

Nesta seara, Carlos Henrique Borlido Haddad (2000, p. 60) aponta que:

No sistema acusatório, as declarações do acusado, produzidas em procedimento público, revestiam eminente caráter defensivo. No entanto, a confissão representava a mais valiosa prova, pois dispensava o juiz de procurar novos elementos para confirmá-la ou reforçar sua convicção. O interrogatório não era concebido como instituto autônomo, pois a exposição do imputado, livre ou coagida, era considerada em face da confissão.

Completando seu raciocínio (2000, p. 61) aduz que:

Em seguida à *accusatio*, surge a *extraordinária cognitio*, em que o procedimento reduziu-se a escrito, empregou-se generalizadamente a tortura e se ampliaram os poderes do juiz, o qual passou a agir de ofício. Foi uma resposta aos inconvenientes da *accusatio*, que dava margem ao espírito de vingança e impunha severas penas ao acusador que não se desincumbia de provar os fatos alegados.

A partir do século XIII, foi estabelecido um novo sistema, denominado de sistema inquisitório, abrangendo toda a Europa continental. Alguns afirmam que esse sistema nasceu como uma forma subsidiária ao sistema acusatório, de forma que coexistiram por muitos séculos a fio.

Os canonistas buscavam a confissão daquele que era tido como culpado perante a sociedade, uma vez que acreditavam que a confissão expressasse um sinal de arrependimento, de aceitação daquilo que lhe fora imposto, de forma que se aconselhava que a provocassem sempre.

Ao contrário do sistema acusatório, o magistrado não era inerte com relação às investigações que se faziam necessárias para a apuração da materialidade e autoria do delito, não se fazendo, portanto, como um mero espectador. Nesse sentido, tomava a iniciativa de determinar as diligências necessárias com o fulcro de conhecer a verdade dos fatos, a qual hoje denominamos de verdade real. Aqui, concentravam-se as funções de acusar, defender e julgar em uma só pessoa, que era aquela tida como o Juiz inquisitor.

Com o intuito de apurar o delito, tudo era documentado por escrito e o processo passou a se tornar secreto, sob a justificativa de preservação do bom andamento das investigações. Logo, tudo aquilo que não era redigido a termo, não existia no mundo das investigações.

Neste interim, leciona o professor José Geraldo da Silva (1996, p. 37) que:

Nesse sistema processual, ao contrário do que ocorria no acusatório, o juiz não ficava inerte no tocante às investigações necessárias para a determinação da materialidade e autoria do delito, não assistia como mero espectador, mas tomava a iniciativa de determinar busca e apreensões, inquirir testemunhas, determinar perícias, proceder a vistorias, com o intuito de conhecer a verdade dos fatos, onde todos os atos eram documentados pela escrita, e o processo se tornou secreto, a fim de preservar o bom andamento das investigações. Tudo aquilo que não estivesse reduzido a escrito no bojo dos autos era como se não existisse no mundo: *Quod non est in actis non est in mundo*.

A confissão nesse sistema, talvez fosse a principal prova que levasse o convencimento do magistrado. Entretanto muitas das vezes para se chegar a confissão do acusado, o sistema o submetia a inúmeras torturas com a finalidade de obtê-la..

Ao acusado, portanto, não era conferido nenhum direito ou garantia individual como hoje temos positivado em nossa Carta Política de 1988. Assim sendo, repisa-se, cabia ao juiz inquisitor, acusar, defender e julgar os fatos definidos como crimes à época.

Logo, o sistema inquisitivo que surgiu para coibir as injustiças praticadas no sistema anterior, qual seja, o sistema acusatório, acabou sendo um verdadeiro instrumento de opressão, tortura e desigualdade.

Após a Revolução Francesa (1789-1799) surgiu o sistema misto, que teve forte influência em quase toda a Europa, sob forte influência Napoleônica, onde encontramos a mescla entre os dois sistemas anteriores. Salienta Tourinho Filho (1989, p. 74) que havia três fases no processo, sendo “a da Polícia Judiciária, a da instrução e do julgamento.”

As características do sistema inquisitivo eram vislumbradas na fase da instrução preparatória, sendo todo o processo guiado pela figura do magistrado, desenvolvendo-se por escrito e sem a garantia do contraditório ou da publicidade. Aqui, a defesa do acusado era considerada praticamente nula, pois não poderia intervir.

Já na sessão de julgamento as características desse sistema assemelhava-se a do acusatório, onde vigorava os princípios da oralidade e publicidade, surgindo ainda para o acusado à possibilidade do contraditório.

Destaca-se ainda que as funções de acusar, defender a julgar foram desmembradas da figura do magistrado, sendo entregues a sujeitos diferentes. Ao acusado por exemplo, cabia exercer o contraditório durante a sessão de julgamento.

Da mesma forma, a apuração do fato crime e de sua respectiva autoria ficava a cargo daquele que presidia o inquérito policial, cujo caráter era eminentemente inquisitório.

No que tange ao tema, José Geraldo da Silva (1996, p. 41) assevera que:

Assim, temos que a apuração do fato e sua respectiva autoria, desenvolve-se no inquérito policial, cujo caráter é, eminentemente, inquisitório. Já o processo judiciário, que compreende a instrução e o julgamento, é nitidamente acusatório. Inexiste o princípio do contraditório na fase de investigação preliminar, efetuada pela Polícia Judiciária, que é o inquérito policial, onde apura-se a materialidade e autoria do delito.

Em suma, o sistema inquisitório possui as funções de acusar, defender e julgar concentradas na figura de uma mesma pessoa, enquanto no processo acusatório tais funções são distribuídas a órgãos diversos. Da combinação desses dois sistemas nasceu a forma mista, onde na fase instrutória vigoram as características do sistema inquisitório e na fase do julgamento vislumbram-se os preceitos do processo acusatório.

No Brasil é adotado o sistema acusatório. Para chegar a essa ilação, dividimos o nosso atual código de processo penal em duas partes. A fase pré-processual e o processo penal em si.

Por um lado o inquérito policial, principal instrumento da polícia judiciária para apuração do fato e de sua respectiva autoria é regido pelos princípios consubstanciados no sistema inquisitório, pois mesmo que seja facultado ao indiciado algumas prerrogativas como a de assistência de um advogado, ao mesmo não será facultado exercer o contraditório ou a ampla defesa.

Já no processo penal encontramos características que nos aproximam do sistema acusatório, onde são assegurados constitucionalmente ao acusado os princípios acima delineados, de modo que eventuais violações em seus direitos e garantias, fatalmente levarão a nulidade do processo.

Com efeito, este é o entendimento da professor José Geraldo da Silva (1996, p. 41):

O Brasil em matéria processual penal adotou o sistema acusatório, pois o processo penal é, eminentemente contraditório, onde se assegura ao acusado ou réu o princípio da ampla defesa, direito esse assegurado pela nossa Magna Carta de 1988, em seu art. 5º, "a", XLIX, LIV, LXIII e LXIV.

E de maneira mais precisa, conclui que (1996, p. 41):

Já o inquérito policial possui um caráter inquisitório, pois, não obstante seja facultado ao indiciado assistência de um advogado, o mesmo não fará a defesa de seu cliente na fase investigatória, pois inexistente o princípio do contraditório na fase de inquérito policial, muito embora seja-lhe permitido indicar testemunhas ou solicitar certas diligências.

Assim, por ser o inquérito um procedimento administrativo não haverá a figura do acusador e por consequência inexistirá momento para a defesa, ainda que seja facultado ao indiciado requerer novas diligências, conforme predispõe o artigo 14 do código de processo penal.

Ainda podemos destacar certa carga de discricionariedade no decorrer das investigações necessárias para a apuração da materialidade e autoria do delito que somente é conferida a autoridade policial, mas que encontra seus limites estampados na própria legislação.

3.2 O ato de Indiciar e suas Consequências

Como já explanado, o indiciamento é o ato pelo qual, a autoridade policial por meio de um despacho devidamente motivado, embasado nas provas até então coletadas no curso da investigação, aponta o investigado como o autor da infração penal.

O indiciamento não é ato discricionário da autoridade policial, como alguns outros já estudados, sendo uma consequência direta de todo o trabalho de investigações e averiguações já realizadas até então. Assim, colhidos os elementos necessários, não é dado á autoridade policial a faculdade em optar pelo indiciamento ou não, uma vez que decorre de um comando legal positivado pelo legislador.

Acrescentem-se as explicações que o indiciamento somente poderá ocorrer quando houver nos autos do inquérito indícios suficientes de autoria e materialidade do suposto fato crime.

É evidente a necessidade de fundamentação no ato da autoridade policial, promovendo um maior controle sobre sua atuação, a fim de evitar violações a direitos e garantias constitucionais do investigado.

Neste sentido, Aparecido Hernani Ferreira (2000, p. 51) entende que:

O indiciamento não é ato arbitrário nem discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato. O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração penal tem que ser indiciado; já aquele que contra si possuía frágeis indícios, não pode ser indiciado, pois é um mero suspeito.

E ainda, para ele (2000, p. 51-52):

O Delegado de Polícia, deverá observar o previsto no Capítulo III do Título VII do Livro I, qual seja, os arts. 185 e ss. Do Código de Processo Penal, devendo o interrogatório ser procedido dentro daquelas normas previstas, levada a efeito pela autoridade judiciária. Daí inferir-se, com toda

procedência, que o interrogatório policial obedece, substancialmente, em conformidade com o sistema adotado, às mesmas normas e formalidades prescritas para o interrogatório judicial.

O código de processo penal em seus artigos 185 a 196, consideradas as alterações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, traz a tona a necessidade do interrogatório do indiciado, devendo estar acompanhado de um defensor nomeado ou constituído se possível.

Posteriormente, deve se proceder a qualificação da vida pregressa e á respectiva identificação pessoal, conforme preconiza o artigo 187 do mesmo diploma legal.

Além de todas as consequências de cunho processuais destacadas, Aury Lopes Junior (2003, p. 302-303) traz algumas consequências jurídicas produzidas pelo indiciamento do indivíduo.

A situação de indiciado supõe um maior grau à investigação preliminar e aos atos que compõe o Inquérito Policial. Também representa uma concreção da autoria, que será de grande importância para o exercício da ação penal. Logo, é inegável que o indiciamento produz relevantes consequências jurídicas.

Ainda que o artigo 20 do código de processo penal garanta ao investigado pleno sigilo no curso da investigação, poderá haver consequências extraprocessuais. Isso porque o sigilo consubstanciado no referido artigo, por vezes não é observado, devido à ampla liberdade de comunicação expressa na magna carta, que por vezes acaba ferindo a dignidade da pessoa humana.

Nas lições de Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 34-35), a interferência da mídia nas investigações criminais, se torna um “verdadeiro palco para o estrelato de agentes públicos e alimentando toda uma indústria jornalística que vive em torno do tema”.

Afirmar que atualmente há o efetivo sigilo no curso das investigações é ir contra a verdade real dos fatos, posto que Choukr (2001, p. 35) destaca que “existe um confronto explícito entre uma parcela da mídia, que se alimenta da invasão do direito à intimidade do indiciado”.

Portanto, é evidente que os efeitos do indiciamento vão além do simples ato fundamentado que demonstrará indícios da autoria e materialidade concreta dos fatos, ou seja, vai além de um simples procedimento adotado pela polícia judiciária, podendo haver sérias consequências na vida do indiciado, chegando-lhe a ferir suas garantias constitucionais.

3.3 Nulidades

Nulidade é a qualidade do ato ou norma jurídica, que por terem sido produzidos mediante a existência de algum vício, carecem de requisitos necessários para a sua validade.

No processo penal, a norma determina que nenhum ato será declarado nulo se não trouxer prejuízo para a acusação ou para a defesa. O artigo 564 do CPP elenca as possibilidades de ocorrência de nulidades, que entre eles se encontra a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato (inciso IV).

Mas a grande discussão gira em torno da declaração de nulidade do inquérito policial por se tratar de um mero procedimento administrativo antecedente à ação penal. Para alguns autores, o inquérito não faz parte do processo, logo, seus vícios não contaminarão a futura ação penal. Para outros, os vícios decorrente do inquérito policial contaminarão o processo e aos atos a ele interligados.

Deste modo, Márcio Alberto Gomes Silva, citando entendimento de CAPEZ, afirma que os vícios e nulidades decorrentes do inquérito policial não influenciarão o posterior processo crime:

Não sendo o inquérito o inquérito policial ato de manifestação do poder jurisdicional, mas mero procedimento informativo destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não atingem a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal. A irregularidade poderá, entretanto, gerar a invalidade e a ineficácia do ato inquinado, v.g., do auto

de prisão em flagrante como peça coercitiva; do reconhecimento da pessoa, da busca e apreensão, etc.

No ponto de vista dessa parte majoritária da doutrina, não poderá haver nulidade nos autos do inquérito policial, uma vez que se trata de uma mera peça informativa, onde não há acusação formal perante o indiciado, não causando-lhe portanto, prejuízos a seu *jus libertatis* (direito à liberdade).

No entanto, poderão ser declarados irregulares, situação que ensejará o refazimento deste e a outros atos a ele interligados, mas lembrando que tal fato não influenciará em eventual contaminação da futura ação penal, haja vista seu caráter informativo.

No mesmo sentido, José Geraldo da Silva (2000, p. 98) entende que “como o inquérito policial é um procedimento administrativo da fase de persecução penal, poderá haver no mesmo irregularidades, mas não nulidades, que são próprias de processos”.

Tudo indica que não há nulidade no inquérito policial, a fim de que possa prejudicar o processo criminal. Há, no entanto casos de eventuais nulidades do auto de prisão em flagrante, que pode, tão-somente, acarretar em livramento do indivíduo da prisão cautelar.

E nesta linha de pensamento descreve o advogado Flávio Meirelles Medeiros (1987, p. 83):

O inquérito policial que contém irregularidades, no processo dos crimes que se inicia mediante denúncia, não acarreta nunca nulidade do processo. E por um motivo bastante simples: o inquérito nestes processos (iniciados por meio da denúncia) não é peça processual, e sim peça meramente informativa. Ora, não há de se falar em nulidade de processo devido a vícios de peças não processuais. O inquérito só é peça processual no processo das contravenções e dos crimes de lesões e homicídio culposos; neste caso, as nulidades do inquérito incidem sobre o processo.

Ab initio, destaca o professor, Norberto Avena (2011, p. 101):

Outra peculiaridade presente no inquérito policial é a de que não está sujeito à declaração de sua nulidade. Isto porque, despindo-se a sua confecção de formalidades sacramentais (a lei não estabelece um procedimento específico para sua feitura), não pode, evidentemente, padecer de vícios que o nulifiquem. Isto não significa, obviamente, que uma determinada prova produzida no inquérito possa vir a ser considerada nula no curso do processo criminal. Nessa hipótese, porém, a *prova* é que será nula e não o *inquérito policial* no bojo do qual ela foi realizada.

Os entendimentos consubstanciados confirmam que impossibilidade de nulidade do inquérito, por ser um mero procedimento informativo de cunho administrativo, podendo ocorrer no máximo a nulidade da prova produzida (e não do inquérito, ressalta-se) durante a ação penal.

De outra banda, há o entendimento ainda que minoritário no sentido de que ausente alguma formalidade essencial, este contaminará os autos do processo criminal, bem como de seus atos decorrentes.

Para esse posicionamento, portanto, se constatar que os eventuais vícios do inquérito forem reiterados no processo, poderá haver nulidade em ambos os procedimentos, ensina Aury Lopes Júnior (1965, p. 214).

Logo, caberá aquele que preside a ação penal (Magistrado) verificar os autos do inquérito, bem como a denúncia oferecida com base neste, a fim de constatar eventuais nulidades pela inobservância nas normas do código de processo penal, da mesma forma que será obrigado a verificar se os direitos e garantias constitucionais do indiciado foram observados.

Caso haja a constatação de nulidade do ato, deverá este ser excluído do processo, caso em que se verificará se tal ato não contaminou os demais, que em caso afirmativo, deverão ser igualmente desentranhados dos autos.

Porém, por força do artigo 569 do código de processo penal, algumas irregularidades poderão ser sanadas até a prolação da sentença final, tal como as omissões da portaria ou auto de prisão em flagrante.

4 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Brasileira de 1988, consoante ao Estado Democrático é a Lei maior e fundamental, o ponto de equilíbrio das demais normas positivadas em nosso ordenamento, sendo o parâmetro base para a formação de todas as outras.

Atualmente, com o passar das diversas gerações (ou dimensões), os direitos e garantias tornaram-se mais complexos, a ponto de transcender a individualidade característica das constituições anteriores, conforme constatamos hodiernamente.

A abordagem feita aos principais direitos e garantias constitucionais tem como óbice a constitucionalização realizada na Carta Política de 1988, que positivou em seu Título II os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos de todo cidadão.

Por ser uma Carta tão extensa, seria inviável, senão impossível descrever pormenorizadamente todos os direitos e garantias fundamentais previstos. Desta feita, o estudo proposto será restrito ao necessário para a compreensão dos principais direitos e garantias do indiciado frente ao desejo constitucional de 1988.

4.1 Definição de Princípios, Direitos e Garantias Constitucionais

Etimologicamente, princípios constitucionais constituem o alicerce de um ordenamento jurídico que tenha uma Constituição como pilar central do sistema.

Os princípios, em qualquer ciência são o início, o começo, o ponto de partida, baseando-se a profundidade de uma ordem, embasada na vontade de um povo, dando início a uma ordem constitucional.

A propósito, princípios de direito são valores sociais presentes de maneira mais ou menos homogênea em um grupo considerável e difuso e pessoas que formam o que denominamos de sociedade. Em outras palavras, valores são sentimentos racionalizados e que, muitas vezes, se relaciona, com o modo de ser do direito.

Quando o legislador percebe em um grupo social a existência de um valor ou de um princípio, ele tende a transportá-lo e positivá-lo de modo a transcrevê-lo no texto de alguma lei. Surge assim o que chamamos de princípios expressos ou explícitos de direito.

No entanto, às vezes pode o legislador visualizar um desses valores sociais (princípios) e não transportá-lo para o ordenamento jurídico, mas passar a se comportar de acordo com esses valores na criação de novas leis. Está aí o que denominamos de princípios implícitos, cuja identificação pelo intérprete exige maiores esforços.

Portanto, os princípios, que podem estar postos em nosso ordenamento de forma implícita ou expressa, integrando o sistema jurídico do qual conhecemos, porém por diversas vezes são a base de aplicação de justiça para o caso concreto.

As demais normas, comparadas aos princípios constitucionais, são mais rígidas e conseqüentemente menos flexíveis, dependendo de plena validade para sua aplicação ao caso posto.

Tentando buscar uma definição, Riccardo Guastini *apud* Paulo Bonavides (2000, p. 230-231):

Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio' se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra 'princípio' para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático'. Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazem do termo 'princípio' é referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e

fundamental' no sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Ademais, frente a interpretação ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Antiga LICC), entendemos que diante de uma lacuna no ordenamento jurídico pátrio ante a ausência de uma norma que regule aquela situação em concreto, deverá ser observado os “princípios gerais do direito”.

Assim, além de serem cláusulas de emprego obrigatório, os princípios são colocados como fundamento de um Estado Democrático de Direito, por expressa previsão no artigo 1º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

Os direitos e garantias constitucionais, portanto, além de expressarem a hermenêutica dos princípios jurídicos, também traduzem em bens, vantagens (leia-se direitos) e instrumentos pelo qual se asseguram o exercício dos aludidos direitos (Leia-se tutela).

Também se traduzem como sendo direitos e garantias fundamentais, uma vez que é inerente a todo e qualquer ser humano e constituem premissas mínimas de dignidade e existência, consagrando a proteção do indivíduo perante o Estado.

Em sua Obra de Direito Constitucional, o professor Pedro Lenza (2011, p. 863) assina-la a importância e a diferença entre os direitos e garantias fundamentais:

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

Entretanto, como vimos, é comum que alguns estudiosos façam a diferenciação entre os Direitos e Garantias, classificando-os como institutos distintos.

Enquanto os Direitos são prerrogativas conferidas ao homem perante o Poder Estatal, as Garantias são instrumentos jurídicos disponibilizados ao indivíduo para que seja conferida eficácia aos Direitos Constitucionais, impedindo que o Estado transpasse essa linha conferida pela Carta Política de 1988.

Assim, além de atuarem conjuntamente em defesa dos interesses dos cidadãos, os princípios, direitos e garantias fundamentais (ou constitucionais) são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, bem como são invioláveis frente às normas infraconstitucionais, devendo adota-las como parâmetro para sua elaboração ou modificação.

Em síntese, os princípios, os direitos e as garantias constitucionais somados, formam um conjunto de ferramentas de proteção dos interesses individuais e coletivos de toda uma sociedade.

4.2 São Direitos e Garantias Constitucionais do Indiciado:

Neste ponto do trabalho iremos estudar de forma direta alguns dos principais direitos e garantias do indicado frente a instauração do inquérito policial, abordando de maneira didática a real intenção do legislador constituinte na elaboração da Carta Política de 1988.

4.2.1 A igualdade perante a Lei

A igualdade é um princípio que originalmente proíbe discriminações entre pessoas e que assegura a elas iguais direitos e obrigações, no sentido de que todos estão igualmente subordinados ao ordenamento jurídico.

A igualdade perante a lei, ou como é conhecida, o princípio da isonomia, tem previsão no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, onde consagra que *todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza*. Em uma primeira leitura encontramos a chamada igualdade formal, tendo como pressuposto de que todos são iguais, o que nem sempre é verdadeiro.

Sabendo que existem múltiplas desigualdades entre pessoas e que trata-las formalmente iguais pode aumentar ainda mais as diferenças pré-existentes, o princípio da igualdade passou a ser interpretado substancialmente, o que deu origem à igualdade material.

Segundo a igualdade em sua forma substancial, a legislação deve proceder a um tratamento igualitário aos iguais, ou seja, aqueles que mantêm o mesmo patamar social, jurídico e financeiro e desigualmente aqueles que não os têm, na proporção de suas desigualdades, tudo a fim de tentar estabelecer uma autentica igualdade entre pessoas ou de diminuir as diferenças existentes entre elas.

Como se vê, a igualdade consagrada a qual é objetivada pelo constituinte brasileiro não é apenas em sua forma (liberalismo clássico), mas sim a denominada igualdade material, devendo a lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A igualdade perante a lei, pra muitos é sinônimo de justiça, tendo como objetivo conceber ao indivíduo um tratamento igualitário para cada tipo de situação, não sendo possível qualquer tipo de discriminação entre os sujeitos, que não seja a trazida pelo próprio legislador, trazidas por meio das normas de modo formal e razoável.

Tais critérios trazidos pela constituição servem como parâmetros para a aplicação das denominadas “discriminações positivas”, as quais idealizam estabelecer medidas de compensação para buscar a concretização de uma igualdade substancial, ou seja, aquela que realmente é buscada pelo constituinte originário.

Nessa linha de pensamento, David Araújo e Nunes Júnior (2009, p. 131) ensina que:

O constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Essa igualdade, portanto, permite que os indivíduos tenham as mesmas oportunidades no mundo fático-jurídico, conservando seus direitos e deveres correlatos, permitindo dessa forma um maior controle sobre os atos discriminatórios e arbitrários e por isso considerados ilegais.

No âmbito processual, Rogério Lauria Tucci (2004, p. 164) ensina que a igualdade trazida pelo constituinte brasileiro concede aos litigantes “as mesmas armas a fim de que, paritariamente tratadas, tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou asseguuração do direito que constitui o objeto material do processo”.

Em acórdão proferido pela Suprema Corte Brasileira, o Ministro Relator Celso de Mello assenta a aplicabilidade do princípio da isonomia, vejamos:

Princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF – Pleno – MI nº 58/DF – Rel p. Acórdão Min. Celso de Mello, D.J. Seção I, 19/04/1991, p. 4580).

Já na fase investigatória, a isonomia se reveste no dueto vítima e indiciado (ou investigado dependendo do momento processual), que deverão se valer dos mesmos direitos e garantias constitucionais durante a investigação criminal.

Para tanto, os sujeitos do inquérito deverão ter as mesmas oportunidades, valendo de suas razões, o que enseja em medidas diversas, mas não desiguais, ao passo que o respeito, a ordem, o direito de falar ou manter-se em silêncio deve ser equitativo para se garantir o efetivo sinônimo de igualdade.

Neste diapasão, não há que se falar em situação prejudicial para o indiciado, pois como já mencionado, não poderá sobre ele recair nenhuma forma de discriminação de tratamento, pois este é sujeito de direitos frente os preceitos constitucionais, estando em verdadeiro pé de igualdade durante a persecução penal.

Leciona o Professor Capez (2009, p. 19) que os sujeitos do inquérito “devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades.”

A Magna Carta ainda reafirma a igualdade substancial ao positivizar o inciso XLI do artigo 5º que determina a punição a qualquer ato discriminatório que tende a violar direitos e garantias constitucionais.

Desta feita, em se tratando no âmbito investigativo do inquérito policial, deverá haver tratamento análogo às partes, independente de quantas sejam, na medida em que não poderá haver distinção entre os direitos e garantias previstos nesta constituição, senão as previstas em lei.

4.2.2 A estrita legalidade

O constituinte de 1988 positivou nos textos da Carta Maior uma gama de princípios, onde a maioria se encontra inequivocamente explicitados. Outros,

todavia, dependem de uma interpretação a fim de deduzi-los da norma constitucional. Dentre todos esses axiomas, a legalidade merece grande destaque quanto sua relação com o inquérito policial.

O princípio da legalidade no Brasil surgiu com o Estado democrático de direito, contrapondo-se a toda e qualquer forma de autoritarismo.

Esse axioma já era previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 4º que assim dispunha:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Hodiernamente, tal princípio é expresso no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, somente a norma poderá compelir o indivíduo a fazer ou não alguma ação. É, portanto, o que se denomina de Legalidade.

Importante destacar as duas facetas da legalidade, vez que mencionado princípio deve ser interpretado de maneira diversa para o particular e para a administração.

Para os particulares, pode-se fazer tudo aquilo que a lei não proíba, fazendo valer-se pela sua autonomia de vontade. Por outro lado, a administração (Estado) somente poderá agir ou deixar de agir se a lei assim estabelecer, vigorando a máxima da legalidade estrita, que por seu turno não é absoluto.

A legalidade, portanto, pode ser definida como sendo o alicerce do regime democrático de direito, podendo este assumir a forma de obrigação, proibição ou permissão, não existindo, para tanto, uma quarta possibilidade de comando.

Os constitucionalistas Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 134) apontam que:

Ao lado desse objetivo de garantia do indivíduo, o princípio da legalidade também obedece ao propósito de alcançar segurança jurídica, pois as leis, de modo geral, acabam por sustentar, de forma relativamente duradoura, as bases jurídicas em que se assentam as relações sociais.

E ainda para eles (2008, p. 135):

Destarte, além de garantia individual, o princípio da legalidade também pode ser considerado uma garantia institucional de estabilidade das relações jurídicas.

Para fins didáticos, mas que não será acobertado por esse trabalho, há uma subdivisão na doutrina e jurisprudência quanto ao princípio da legalidade sendo eles os princípios da estrita legalidade, da reserva legal, da taxatividade e da irretroatividade.

O conceito de legalidade é o mais amplo possível, abrangendo tudo o que fora explícito até o momento, inclusive sua relação com o inquérito e ao indiciado no curso deste.

No processo penal, a legalidade insere barreiras ao Poder Estatal, pois reproduz por meio de leis e ritos processuais meios e formas que devem ser seguidas para que ocorra a persecução penal do estado.

Com referência ao inquérito policial, a legalidade se encontra em todos os atos praticados durante a investigação, desde o início das averiguações, indiciamento, passando por todos os atos descritos nos artigos 4º ao 23º da lei processual.

Nesse sentido, o indiciado não deverá se submeter a nada que tenha forma diversa daquela disposta em lei, quer seja na legislação penal, processual ou legislação especial, sempre conforme os ditames da Constituição Federal.

Com efeito, o artigo 5º em seu inciso XXXIX da Magna Carta expressa mais um aspecto do princípio da legalidade, quando define que não haverá crime

sem lei anterior que o defina, nem sem prévia cominação legal, traduzindo-se na verdadeira tipicidade penal, ou seja, significa dizer que para que certa conduta seja considerada criminosa, aquele fato deverá estar previsto no ordenamento antes de sua ocorrência. Importante destacar, que no direito penal brasileiro, não há a figura da analogia “in malam partem”.

Eis, desta forma, o precioso ensinamento de Ives Granda da Silva Martins (2005, p. 49):

Por essa razão, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade que regem esse campo do direito, as normas de natureza penal só admitem o que os operadores do direito chamam de *interpretação estrita* – não se pode dar interpretação analógica, extensiva, em matéria penal. Como crime só pode ser o que a lei define como tal, conduta que não se enquadre estritamente na definição legal não pode ser considerada criminosa. Essa é uma das “garantias constitucionais do regime democrático”.

Em suma, qualquer ato demandado pela autoridade judicial deverá ser pautado previamente em lei, os quais tem a obrigação de conduzir as investigações com lógica, coerência, fundamentação e principalmente seguindo a estrita legalidade.

4.2.3 O devido processo legal

O Devido Processo Legal oriundo da Constituição Inglesa de 1215, germinou no Direito Norte Americano na Constituição de 1787 sob a denominação de *due process of law*, sendo posteriormente complementado pela Declaração dos Direitos Fundamentais dos Americanos, sob a seguinte redação:

Artigo XI - 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Posteriormente, a ideia do axioma do devido processo legal foi adotado pelo constituinte brasileiro tomando forma de uma garantia constitucional.

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal garante que: “ninguém será privado da sua liberdade nem dos seus bens sem o devido processo legal”.

Perceba que o devido processo legal é um valor ou princípio do povo brasileiro e que se encontra explícito no texto constitucional e por isso é muito mais fácil de identifica-lo. Para compreender esse princípio devemos buscar o significado das três palavras que formam essa expressão.

A palavra “processo” deriva de uma relação jurídica, normalmente formada entre sujeito ativo, passivo e julgador, com o propósito de resolver litígios mediante a aplicação do ordenamento jurídico. Sob outro ângulo, o processo em si é um valor, um princípio, afinal, ele foi escolhido como o método mais adequado para as soluções de conflitos dentre muitos outros existentes.

Entretanto, perceba que a Constituição Federal não se contentou apenas em prever e exigir um processo para a solução das lides. Ela impôs que este processo fosse “legal” e “devido”.

Ser “legal” significa que o processo deve estar inteiramente regulado em lei, ato por ato, do início ao fim. Se o processo está todo disciplinado por lei, ele se torna totalmente previsível, tanto para o sujeito ativo, quanto para o sujeito passivo da relação existente, e por isso ambos têm segurança jurídica sobre como ele (processo) irá funcionar, proceder.

Contudo, a Carta Maior não se contentou também não se contentou em exigir um “processo legal”; ela impôs que, além do valor legalidade, o processo fosse “devido”. A palavra “devido” foi usada no texto constitucional no sentido de “adequado” e o processo só será assim se reunir três qualidades: Se justo, seguro e confiável.

Para ser assim, o processo tem que estar regulado mediante legislações que também respeitem a garantem outros valores, outras consciências, outros princípios presentes na sociedade brasileira e que se relacionem com o processo, a exemplo a já estudada igualdade de tratamento entre as partes dentro

do inquérito policial, da necessidade de motivação dos atos da autoridade policial e dos demais direitos e garantias constitucionais previstos nesta Constituição.

Anderson Souza Daura (2009, p. 29) assevera acerca deste axioma:

O *due process of law* é corolário de suma importância para se atingir os direitos individuais e a busca dos deveres do Estado de Direito extirpando-se o autoritarismo, o arbítrio e, por consequência, as injustiças. Além de assegurar o princípio de legalidade, resume diversos outros princípios como o da presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, da igualdade, de economia processual, etc. É a base sólida para a ordem jurídica atual e vigente, tendo ampla aplicação, o que garante os indivíduos contra atos concretos estatais equivocados ou quaisquer interpretações de lacunas de legislações positivas.

Conforme entendimento presenciado na transcrição acima, o *due process of law*, ou o devido processo legal é uma garantia conferida pelo constituinte contra as ações arbitrárias do Estado, prezando pelo processo justo, seguro e confiável, conferindo assim maior oportunidade ao investigado/acusado de conhecer as regras que conduzirão o feito.

A aplicabilidade desse princípio na fase pré-processual implica em dupla proteção ao indivíduo, atuando no campo material de proteção ao direito de liberdade e propriedade do indivíduo e no âmbito formal assegurando-lhe paridade de condições com o Estado persecutor.

Com efeito, temos que as regras procedimentais e ritos estabelecidos que regem a investigação criminal devem estar previamente previstos e serem claras, a ponto de possibilitar ao suspeito/indiciado saber o que virá a seguir, ou seja, as regras deverão ser totalmente previsíveis.

Em suma, o devido processo legal não é apenas um princípio, mas sim classificado como um super-princípio, um sobreprincípio, porque ele abrange todos os demais princípios e valores relacionados ao processo, de modo que a não observância de qualquer outro princípio acarreta agressão ao devido processo legal, normalmente resultando a nulidade do processo.

4.2.4 Proibição da tortura e do tratamento desumano

A lei nº 9.455/97 em seu artigo 1º se preocupa em definir o conceito de tortura como todo e qualquer ato de índole desumana ou degradante com a finalidade de causar sofrimento físico ou mental a outro indivíduo.

Tal crime, hoje tão bem tipificado em lei específica e protegido pela legislação constitucional tem suas bases históricas na Roma antiga onde os cidadãos sujeitos a punição (acusados) eram pendurados pelos braços em grandes colunas de pedras erguidas em praça pública e açoitados até que obtivessem uma confissão, não importando se o indivíduo viesse a óbito posteriormente.

Nesta toada, Leo Van Holthe (2009, p. 261) traz um pouco dos traços históricos do crime de tortura, apontando que:

Até o século XVIII, diversos sistemas jurídicos admitiam a tortura como meio lícito de obtenção de provas, tendo tal prática sido combatida por iluministas como Cesare Beccaria e o Barão Montesquieu. Em sua obra de 1764, "Dos Delitos e das Penas", Beccaria criticou severamente os métodos bárbaros praticados pelos Estados a título de apurar e punir as infrações peais.

E neste mesmo sentido, para José Afonso da Silva (2011, p. 204):

Em verdade, ela já era condenada nas constituições anteriores, como o é nas constituições modernas em geral, o que, no entanto, não tem impedido seu uso nos cárceres brasileiros e de outros povos, como frequentemente se divulga. Aliás, a tecnologia da tortura se torna requintada: espetos sob as unhas, queimaduras de cigarros, choques elétricos no reto, na vagina, no pênis, espancamentos, aparelhos de tormentos de variada espécie, de que sobressai o famoso "pau-de-arara", ameaças contra mulher, filhas e filhos etc. As coisas mais pavorosas que a mente doentia pode engendrar.

A denominada tortura judiciária, ao qual se deu em meados do século XII era utilizada quando havia resquícios ou indícios contra determinado indivíduo, não havendo necessidade de evidências concretas, mas que era realizada na

presença de um Juiz, com a finalidade de se obter algum tipo de prova contra ele mesmo, tal como a confissão.

Além de servir como um meio de captação de provas para concretizar o *jus puniendi* do Estado, a tortura também era utilizada como forma de castigo, punição. Como exemplos dessa desumanidade, citamos as fogueiras da “Santa Inquisição” e até mesmo os métodos de utilização de máscaras de ferros ou marcações em brasa no próprio corpo.

No Brasil o uso de instrumentos de torturas, mutilações, marcas de cortes no corpo, queimaduras em seus variados graus, descargas elétricas, compuserem uma imensa variedade de meios cruéis de punição sob a justificativa de busca pela verdade dos fatos, não importando qual consequência tal ato levaria para o indiciado.

Neste sentido, Leo Van Holthe (2009, p. 261) aduz que os regimes totalitários do século XX “utilizaram-se da tortura com práticas cada vez mais sofisticadas (choques elétricos em órgãos genitais, espetos sobre unhas, queimaduras de cigarros, espancamentos, pau de arara etc)”.

Entretanto, a Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25/03/1824, previa em seu artigo 179, inciso XIX que ficavam abolidos “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.”.

A partir de então, o banimento das diversas práticas de torturas esteve presente em nosso ordenamento pátrio, revelando-se como uma verdadeira garantia ao investigado no decorrer do inquérito policial.

Na atual Carta Democrática de 1988, o artigo 5º, inciso III, prescreve que ninguém será submetido à tortura e nem a nenhum outro tratamento desumano ou degradante que lhe cause sofrimento físico ou mental. A norma fundamental ainda classifica tal delito como inafiançável e insuscetível de graça, anistia, por força do inciso XLIII do mesmo dispositivo constitucional, atribuindo ainda mais força a tal comando normativo.

Veja ainda que a própria constituição elenca a prática da tortura como tipo hediondo por equiparação, conforme previsão combinada entre os artigos 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e 2º da lei 8072/90.

Neste sentido, leciona o professor Alexandre de Moraes (2000, p. 71) que:

O art. 5º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); bem como que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos, porém, no tocante à definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União (art. 22, I, da CF), tipificando-os, em razão do próprio preceito constitucional do art. 5º, XXXIX.

Com efeito, antes da criação da lei 9.455 de 07 de abril de 1997, a prática da tortura não era vislumbrada como um tipo autônomo, mas tão somente parte integrante de outros crimes em suas formas qualificadas ou em outros casos, uma mera causa geral de aumento de pena.

Entretanto, a citada legislação ordinária complementou o dispositivo constitucional trazendo procedimentos e sanções específicas para o processar do crime de tortura.

Dentre essas modificações, a mais significativa foi a permissão da progressão de regime em todo e qualquer tipo de crime hediondo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal na elaboração do enunciado da súmula vinculante nº 26, confere aos crimes hediondos e equiparados à progressão de regime no cumprimento da pena, destacando a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei 8.072/90, o que inclusive remete as novas jurisprudências esse novo entendimento.

Súmula Vinculante nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25

de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

A ventilar essa ideia de proteção à integridade física e psicológica de todo e qualquer pessoa, o Brasil se tornou signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto São José da Costa Rica, que vedam expressamente em seus artigos a prática da tortura e do tratamento desumano para todo e qualquer fim.

Em decorrência dessa toada constitucional, o legislador ainda assegurou a todo aquele que se encontra privado de sua liberdade respeito à integridade física e moral. Entretanto a referência positivada no artigo 5º, inciso XLIX não se limita apenas ao preso condenado em sentença transitada em julgado, mas também ao preso provisoriamente, inclusive aqueles em que se encontram privados de sua liberdade em pleno curso do inquérito policial.

Entretanto, já houve uma forte discussão na doutrina e jurisprudência a respeito da utilização das algemas e se tal fato caracterizaria uma forma de tortura sobre o indivíduo. Tentando solucionar o problema, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, sob a seguinte redação:

Súmula Vinculante nº 11 - Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Veja que em decorrência dos avanços dos diversos princípios que de um lado limitam o poder estatal e de outro estendem as garantias do investigado, só será lícito o uso das algemas se a natureza da situação assim o exigir, ou seja, deverá ser a última opção a ser escolhida pela autoridade policial no exercício da atividade investigatória.

A Súmula ainda vai mais além, atribuindo responsabilidade administrativa (disciplinar), civil e penal do agente ou da autoridade coatora, bem

como a do próprio Estado, além de tornar nulo a prisão ou o ato processual buscado.

Todo ato atentatório a dignidade da pessoa humana, tal como a tortura e o tratamento desumano devem ser abolidos do cotidiano inquisitorial, uma vez que o inquérito policial como um procedimento administrativo busca tão somente indícios da prática do delito e a sua correspondente autoria, sem que para tanto o indiciado seja coagido ou forçado a contribuir com tal feito. É necessária uma busca, uma investigação apoiada na legislação humanitária.

Logo, ao indiciado não poderá ser aplicada qualquer forma de tortura ou tratamento ilegal, desumano, degradante, de modo que todo e qualquer ato investigatório deve se abster a estrita legalidade conferida pela constituição federal.

4.2.5 Vedação das provas ilícitas

Como já estudado nos tópicos alhures, toda ritualista e procedimento da investigação realizada pela policia judiciária está positivada no Título II do código de processo penal, entre os artigos 4º ao 23º.

No entanto, nossa lei maior repudia as provas obtidas de maneira ilícita ou ilegítima. E não poderia ser diferente ante a ideologia do constituinte a querer buscar incessantemente a verdade real dos fatos ao qual não se justifica a violação de direitos e garantias constitucionais do indiciado/suspeito no curso do inquérito policial.

Diante desse aspecto, as provas que tentem contra direitos materiais (ilícitas) ou processuais (ilegítimas) devem ser desconsideradas, sendo necessário seu desentranhamento dos autos, por guarda constitucional expressa no artigo 5º, LVI.

Com efeito, a Carta Política de 1988 proíbe em qualquer processo, seja ele administrativo ou mesmo judicial as provas cuja obtenção tenha como origem um meio ou ato ilícito.

O termo “ilícito” empregado pelo constituinte originário tem seu emprego do latim *illicitus*, de onde se extrai duas interpretações. Uma restrita, que significa “aquilo que é vedado ou proibido por lei” e o outro, mais abrangente, indica “aquilo que é contra a moral e aos bons costumes da sociedade.”

Com pesar, o sentido empregado pelo legislador á palavra “ilícito” é o mais genérico possível, de forma a abranger não somente tudo aquilo que é proibido ou vedado por lei, mas também todos os meios de prova que vão contrariamente á opinião pública, ou seja, contra a moral da sociedade, uma vez que como é sabido, os costumes são uma fonte formal do direito.

Nesse sentido, o professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 53) ensina que:

Para nós, o constituinte usou a expressão “ilícito” em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais do direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

Logo, podemos extrair que a determinação legal da vedação as provas ilícitas não fica adstrita ao nosso ordenamento jurídico, devendo ser empregado uma interpretação mais genérica, ampla ao setido jurídico da palavra, de modo a abranger todos os meios e atos contrarios a toda e qualquer fonte do direito.

A autoridade policial, competente para a colheita de provas que buscam a comprovação dos indícios e materialidade do crime, deve sempre observar os direitos individuais do investigado e às regras processuais relacionadas com a produção de provas, com o propósito de não colher indesejada prova ilícita ou ilegítima.

Para Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 72), a doutrina moderna faz distinção entre os meios ilícitos e ilegítimos de provas, vejamos.

Há uma distinção feita pela doutrina entre prova ilícita e ilegítima. Na primeira, desrespeitam-se norma de cunho material, ou seja, direitos individuais são molestados na produção da prova. Na segunda há afronta ao modo de produção da prova, ou seja, violam-se normas procedimentais em sua produção. Ambas são proibidas (a *lex legum* não faz distinção entre elas).

E ainda, segundo ele (2012, p. 72):

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência adotavam, majoritariamente, o repúdio ao fruto da árvore envenenada. Em outras palavras, a prova em si é lícita, mas que é derivada de uma prova ilícita, também deve ser considerada ilícita por ter sido “contaminada” por esta. A partir de 2008, com a edição da lei acima mencionada, tal entendimento foi incrustado no código de processo penal (no §1º do artigo 157, do CPP).

A lei nº 11.690 de 9 de Junho de 2008 positivou em nossa legislação processual penal (CPP) o repúdio as provas obtidas por meios ilícitos, onde por força do artigo 157 do mesmo diploma legal, determina que após preclusa a decisão que as reconheceu ilícitas, se proceda ao desentranhamento e inutilização das referidas provas (§3º do artigo 157 do CPP).

Antes mesmo da edição da lei nº 11.690/08, nossos doutrinadores e tribunais já adotavam majoritariamente o repúdio às provas derivadas das ilícitas, ao qual se denominou como *fruto da árvore envenenada*. Nesse aspecto, podemos afirmar que a prova produzida em si é lícita, porém derivada de outras que violaram direitos e garantias do indiciado, o que para efeitos legais, esta deve ser considerada ilícita por ter sido “contaminada” por aquela. Entretanto, com a edição da referida lei, tal entendimento foi transcrito no texto do §1º do artigo 157 do CPP.

Se observarmos atentamente, o próprio código de processo penal traz ressalvas à adoção da *teoria do fruto da árvore envenenada*. São elas: a falta de nexos causal e a chamada “fonte independente” (§§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, podemos definir nexos causal como sendo o liame estabelecido entre a(s) prova(s) produzida(s) e a prova colhida por meios ilícitos. Já com relação à denominada “fonte independente”, o próprio código em seu artigo 157, §2º traz sua definição como sendo “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Dentre todo esse emaranhado de proibições quanto à utilização da prova ilícita no decurso do inquérito policial há, entretanto, pelo menos um caso pacificado em toda doutrina e jurisprudência, que é quando essa for utilizada em favor do indiciado, por determinação do princípio *favor rei*. Aqui portanto, vemos a aplicação do princípio da proporcionalidade e relativização as provas obtidas por meio ilícito ou ilegal.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 67):

O entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio do *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que atuem em favor da defesa.

Entretanto, quando a utilização não se dá em favor do acusado, o entendimento passa ser o oposto, conforme entendimento consubstanciado nas palavras de Márcio Alberto Gomes Silva (2012, p. 75):

Já a admissibilidade da proporcionalidade e da razoabilidade em prol da sociedade, para justificar condenação calçada em prova reconhecidamente ilícita é muito mais delicada. Não há espaço, no sistema processual penal calçado na Carta Magna de 1988, para fundamentar a admissibilidade de material probante sabidamente colhido ao arripio da lei, como pano de fundo da condenação criminal, ao pretenso argumento de que o seio social restará defendido. Trata-se de verdadeira inversão de valores. A sociedade será muito mais vilipendiada pelo Estado-Juiz, se este reconhecer que em tal situação os direitos escritos com pena de ouro pelo legislador constituinte podem ser afastados para suprir eventual falha do Estado-Investigação na coleta de acervo probatório lícito, apto a lastrear justa imposição de pena.

Todavia, como já determinado, não há possibilidade da mesma aplicabilidade em favor da sociedade, ou seja, contra o indiciado, devendo prevalecer a vedação constitucional de tais provas.

Nesse sentido, sucumbe o interesse estatal em efetuar o *jus puniendi* ante a produção de uma prova vedada por lei, devendo-se para tanto socorrer-se de outros meio legais que lhe darão subsídio para a formação do conjunto probatório no inquérito policial.

4.2.6 Direito ao silencio

O Famoso brocardo “quem cala, consente” por vezes soluciona as questões cotidianas da vida alheia, servindo para tanto como uma forma de regular somente as relações sociais.

A concepção leiga do silêncio no âmbito do direito não se confirma em sua abordagem técnica e literal. No meio jurídico, com foco na processualística penal, o silêncio recebe uma atenção especial, uma vez que se adotasse o senso comum diante das situações práticas-penais, acarretaria sérias violações aos princípios basilares do direito instrumental.

Entretanto, em outros tempos, os casos de revelia, fuga, ou até mesmo o silêncio nos casos de interrogatório perante a autoridade policial implicava automaticamente as consequências da confissão quanto aos fatos que eram apurados por meio do inquérito policial. Todavia, com a efetivação dos direitos fundamentais do homem, tal técnica não mais subsiste mediante expressa incompatibilidade com princípios como da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz.

De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou o doutrinador Carlos Henrique Borlido Haddad (2000, p. 137):

A concepção leiga do silêncio, todavia, contrasta com a abordagem técnica do mesmo. No meio jurídico, especialmente no campo processual penal, o silêncio recebe distinto tratamento, uma vez que a aceitação do sentido comum na resolução das questões peais acarretaria resultados descontraídos com princípios básicos do direito instrumental. Outrora, nos casos de fuga, revelia e silêncio durante o interrogatório, aplicava-se ao acusado a pena de confesso. Mais tais imputações, incompatíveis com o sistema do livre convencimento e com o princípio da verdade real, não puderam e nem podem subsistir no moderno processo penal. Calar não é consentir, não é resignação às imputações.

O direito constitucional de se manter em silêncio encontra óbice na Convenção Americana dos Direitos do Homem, bem como na Carta Magna de 1988 e na própria legislação processual penal.

É, portanto um direito de autodefesa diante da instauração de um procedimento administrativo tal qual como é o inquérito policial, podendo a livre escolha permanecer calado e não responder a indagações proferidas pela autoridade policial ou judiciária em fase de ação penal.

Por muitas vezes, o indiciado encontra-se em frequente estado de angustia perante as diversas diligências e questionamentos realizados pela autoridade policial em busca da verdade real do fato definido como crime e objeto do inquérito. Nesse ambiente, entretanto, o sujeito mediante suas declarações procura amenizar as consequências do indiciamento.

Todavia, o silêncio constitui uma atitude comum do indiciado de prestar declarações quando questionado, interrogado. Por diversos motivos o indiciado opta pela mudez à loquacidade como uma forma de autodefesa contra o *jus puniendi* Estatal

Asseverando sobre o tema, Enrico Altavilla (1981, p. 19) leciona que:

O acusado, geralmente, responde ao interrogatório num vivíssimo estado de emoção: culpado ou inocente compreende que aquele é o momento processual que pode decidir de toda a sua vida. Inocente, apresenta-se perante o juiz com o espírito em desordem, não sabendo que malvez o

destino e os homens terão preparado contra ele; culpado, estará realmente agitado, não sabendo que provas já existirão no processo.

Importante destacar que a manutenção do silêncio do indiciado não implica em aplicação dos efeitos da confissão dos fatos, mas tão somente, reprisa-se, o exercício de uma autodefesa, de uma preservação do próprio indivíduo objeto das investigações.

Abordar aspectos relacionados ao crime apurado, responder perguntas ou esclarecer dúvidas e até mesmo dar sua versão dos fatos, com a normatização constitucional, tornam-se atos de livre escolha do indivíduo, configurando-se uma verdadeira manifestação de vontade individual, tal qual como a oferecida pelo princípio da liberdade (sentido amplo).

Para Valdir Sznick (2002, p.145):

O direito ao silêncio, em especial nos interrogatórios, tem por objetivo resguardar a personalidade humana, como amplamente considerada, ou seja, em sua liberdade, segurança, saúde e intimidade.

Das palavras acima podemos concluir que o direito ao silêncio tão bem preconizado no texto constitucional deve ser interpretado da forma mais ampla possível, de modo a abranger todos os indivíduos objetos de investigação judicial e policial.

Nesse aspecto, mesmo que o silêncio do sujeito obstrua o decorrer das investigações, esse como já visto constitui como um direito constitucional, que logo não poderá de nenhum modo ser excepcionado, sob pena de desconsideração do depoimento pessoal do investigado na futura ação penal.

De forma implícita ao direito ao silêncio, encontra-se também a faculdade de não dizer a verdade real dos fatos com o fulcro de se não autoincriminar, sendo vedado atribuir consequências outrora admitidas em outras justiças especializadas.

Para o professor Alexandre de Moraes (2003, p. 400) cabe ao acusado não só o direito constitucional ao silêncio, mas também “o direito de prestar

declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio.”.

Em que se pese hoje ser pacífico o direito ao silêncio ser uma garantia constitucional inviolável, nos tempos remotos não constituía uma unanimidade entre os mais notáveis pensadores. Beccaria (1997, p. 123), postava-se contra a prática do silêncio, aduzindo que “aquele que, durante o interrogatório, insistir em não responder às perguntas feitas, merece pena fixada pelas leis, penas mais graves entre as cominadas, para que os homens não faltem a necessidade do exemplo que devem ao público”.

Veja que a atual posição jurídica do investigado vem evoluindo gradativamente ao decorrer das Constituições Brasileiras, de modo a enriquecer suas possibilidades de defesa perante o Estado, fazendo valer-se da proibição ao retrocesso.

Assim, quer para atingir interesses pessoais do investigado ou mesmo para estruturar todo o sistema processual em moldes constitucionais e legítimos, o direito ao silêncio é uma realidade, cuja positivação representou uma verdadeira revolução de uma garantia indispensável.

5 CONCLUSÃO

A partir dos fins do inquérito policial abordados no presente trabalho, cumpre a autoridade policial, instaurar o principal senão único meio de investigação na fase pré-processual, observando, contudo suas características e peculiaridades no caso concreto.

A investigação preliminar torna-se um elemento essencial para a formação do futuro processo crime ao qual o indicado será parte. A Carta política de 1988 apresenta um extenso rol de direitos e garantias, com vários dispositivos relacionados ao inquérito policial, em defesa das prerrogativas do indiciado.

Para tanto, há necessidade de se estabelecer os direitos e garantias constitucionais desde a sua instauração, que se justificam nos seus fins pré-estabelecidos, qual seja, a preparação para uma futura ação penal bem instruída com elementos essenciais que demonstrem a autoria e materialidade do crime praticado na sociedade.

Ainda que o inquérito policial demonstre ser uma atividade de instrução provisória, norteados por sua natureza inquisitiva, sigilosa e indispensável, o Supremo Tribunal Federal vem editando súmulas vinculantes, a fim de demonstrar o que é indispensável à administração da justiça, ainda em sede de procedimento investigativo.

Entretanto, se tais preceitos forem descumpridos, mesmo se tratando de um procedimento tido por muitos como administrativo, há uma grande discussão sobre sua declaração de nulidade por violação expressa à constituição federal, mas o que vem prevalecendo na ótica majoritária da doutrina e jurisprudência é que se constitui mera irregularidade do ato.

Ainda que seja esse o entendimento adotado, para se efetivar o *jus puniendi*, o Estado estará para tanto adstrito aos direitos e garantias do indiciado abordados por este trabalho, tais quais como a igualdade perante a lei, estrita legalidade, o devido processo legal, a proibição da tortura e do tratamento desumano, a vedação das provas ilícitas e o direito ao silêncio.

Constatou-se ainda que os direitos do indiciado deverão ser observados à luz dos princípios positivados pelo constituinte originário e não como uma mera regra, mantendo-se o devido equilíbrio frente a possibilidade da persecução penal do Estado, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais estudados no presente trabalho, e que sejam analisados caso a caso.

Acrescenta-se para a conclusão, que, diante do sistema legislativo brasileiro, uma medida que se impõe é a necessidade de democratização do inquérito policial e a consequente participação de maneira mais efetiva do indiciado do indiciado, ressalvadas as excepcionalidades que podem afastar tal possibilidade. Reconhecer tais exceções não implica em afirmar que esse poderoso instrumento investigatório constitua um procedimento inquisitivo por natureza, submetido a toda e qualquer discricionariedade da autoridade policial.

Como salientado, o presente trabalho visou demonstrar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais do indiciado frente ao inquérito policial, funcionando como uma barreira, um obstáculo ao Jus puniendi Estatal, tendo para tanto o constituinte brasileiro positivado importantes institutos que visam assegurar de forma ampla e segura os direitos constitucionais a igualdade, legalidade, devido processo legal, proibição da tortura e do tratamento desumano e o direito ao silêncio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, Erico. **Psicologia Judiciária: Personagens do processo penal**, 2 ed. – Coimbra: Armênio Amado, 1981.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**, 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 6. ed.- São Paulo: Método, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 2 ed. – São Paulo: RT, 1997.

BRASIL. Constituição (1824), **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro: Luiz Joaquim dos Santos Marrocos, 1824.

----- . Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

----- . Decreto-Lei nº 678 (1992), **Convenção Americana sobre direitos Humanos**. Brasília: Senado, 1992.

----- . Decreto-Lei nº 3.931 (1941), **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado, 1941.

----- . Lei nº 9.455 (1997), **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1997.

----- . Supremo Tribunal Federal - Órgão Pleno. Princípio da Isonomia. MI nº 58/DF. Relator: Min. Celso de Mello. D.J. Seção I, 19/04/1991, p. 4580.

----- . Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 11**. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

----- . Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

----- . Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2ª ed.- Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

DA SILVA, José Geraldo. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária**. 1. ed.- Campinas: Bookseller, 2000.

DAURA, Anderson Souza. **Inquérito Policial – Competência e Nulidade de Atos da Polícia Judiciária**, 2ª ed. – Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **Dano Moral como consequência de indiciamento em Inquérito Policial**. 1ª ed.- São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito – Procedimento Policial**. 3 ed.; São Paulo: Ab, 1999.

HADDAD, Carlos Henrique Borildo. **O Interrogatório no Processo Penal**, 1 ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**, 5 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Rogério Antônio; OLIVEIRA, Joel Bino. **Teoria e Prática da Polícia Judiciária**. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Elementos do Direito**. 5ª ed.- São Paulo: Premier Máxima, 2006.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Conheça a Constituição: Comentários á Constituição Brasileira**, 1ª ed. – São Paulo: Manole, 2005.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Do Inquérito Policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Nulidades do Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MONDIN, Augusto. **Manual de Inquérito Policial**. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

----- **O Inquérito Policial e a Policia Judiciária – Doutrina, Legislação e Prática**. 2. ed.- Leme: Editora de Direito, 1996.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito Policial – Teoria e Prática**. 2. ed.- Jaú: HM Editora, 2006.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 4ª ed.- São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial**. 1. ed.- Campinas: Millennium Editora, 2012.

SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**, 3 ed. – São Paulo: Iglu, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 11ª ed.- São Paulo: Saraiva, 1989.